



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



MAESTRÍA EN DERECHO

**«EL DELITO DE ESTAFA EN LOS MÁRGENES DEL INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL»**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

AUTOR

Abog. SUGEY MAGALI FLORES ALARCÓN

ASESOR

Dr. JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

LAMBAYEQUE-PERÚ

2018

**«EL DELITO DE ESTAFA EN LOS MÁRGENES DEL INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL»**

Trabajo de Tesis presentado por **SUGEY MAGALI FLORES ALARCON** a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales.

BACH. SUGEY MAGALI FLORES ALARCÓN

ASESOR: JOSÉ MARÍA BALCAZAR ZELADA

APROBADO POR:

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
SECRETARIO DEL JURADO

Mg. RICARDO PONTE DURANGO
VOCAL DEL JURADO

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a Dios por darme la fuerza necesaria y la perseverancia para lograr mis objetivos.

A mi familia por ser mi motivo de inspiración y en especial a mi madre, por ser un ejemplo de lucha constante en esta vida, por hacerme crecer profesionalmente y por darme su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mi Asesor de Tesis, Doctor José María Balcázar Zelada, por su apoyo en la realización del presente trabajo.

INDICE

Dedicatoria-----	3
Agradecimiento-----	4
Resumen-----	8
Abstract-----	10
Introducción-----	12

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. Surgimiento del problema-----	15
2. Planteamiento del problema-----	22
3. Justificación de la investigación-----	22
4. Objetivos-----	22
A. General-----	22
B. Específico-----	23
5. Hipótesis-----	23
6. Variables-----	23
A. Variable Independiente-----	25
B. Variable dependiente-----	23
7. Metodología-----	23
A. Tipo de investigación-----	23
B. Métodos-----	23
C. Técnicas de investigación-----	24

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO- LA ESTAFA

1 Antecedentes-----	26
2. Regulación de la Estafa en el Código Penal Peruano-----	29
A. Introducción-----	29
B.- Tipo Penal-----	29
C. Bien Jurídico-----	30
D. Estructura del Tipo Penal de Estafa-----	32
D.1. Tipicidad Objetiva-----	34
a. Sujeto Activo-----	35
b. Sujeto Pasivo-----	35
c. Elementos Objetivos del Tipo Penal de Estafa-----	35
1. Engaño-----	36
1. a. Riesgo Permitido-----	40
1. b. Autopuesta en peligro-----	43
2. Astucia-----	44
3. Ardid-----	45
4. Otras formas fraudulentas-----	45

5. Error-----	46
5.1. Modalidad Omisiva-----	48
6. Disposición Patrimonial-----	50
7. Perjuicio-----	51
D.2. Tipicidad Subjetiva-----	53
D.3. Tentativa y Consumación-----	54
D. Antijuricidad-----	55
E. Culpabilidad-----	55
F. Jurisprudencia-----	56
4. Incumplimiento Contractual-----	57
A. Introducción-----	57
B. Contrato-----	58
C. El Valor Patrimonial del Contrato-----	60
D. Incumplimiento de contrato-----	61
a. Vicios de la Voluntad-----	61
1. El Dolo-----	62
5. Estafa Contractual-----	63
6. Conclusión-----	66

CAPITULO III: CONTRATOS CRIMINALIZADOS

1. Concepto-----	69
2. Características-----	72
3. Delimitación del engaño típico y el fraude civil en la Doctrina y la Jurisprudencia Penal Nacional y Extranjera-----	74
4. Conclusión-----	84

CAPITULO IV: EL ENGAÑO COMO CRITERIO PARA DIFERENCIAR ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1. Introducción-----	87
2. El engaño-----	90
3. Teoría de la <i>mise en scène</i> o puesta en escena-----	93
A. Requisitos de la puesta en escena-----	94
4. Teoría del engaño bastante-----	96
A. Baremo Objetivo-----	97
B. Baremo subjetivo-----	98
5. Teoría de la Imputación Objetiva-----	100
6. Conclusión-----	104

CAPITULO V: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

1. Introducción-----	108
2. Casuística- Contrato Criminalizado-----	108

3. Revisión de Disposiciones Fiscales en las Fiscalías Provinciales Penales del Distrito Fiscal de Lambayeque-----	112
A. Resultados-----	112
B. Análisis e interpretación de los datos-----	113
4. Revisión de Disposiciones Fiscales a nivel de Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque-----	114
A. Resultados-----	114
B. Análisis e interpretación de los datos-----	115
Conclusiones-----	117
Recomendaciones-----	119
Proyecto de Ley-----	121
Exposición de motivos donde se expresan los fundamentos de las proposiciones de la ley-----	122
Efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la Legislación Nacional-----	121
Análisis costo beneficio de la futura norma legal-----	121
Fórmula legal-----	122
Disposiciones finales-----	122
Bibliografía-----	123
Anexos-----	125
♦ Recurso de Nulidad N° 2504-2015-Lima	
♦ Casación N° 421-2015-Arequipa	

RESUMEN

La tesis que presento bajo el título: “El Delito de estafa en los márgenes del incumplimiento contractual”, tiene como principal propósito ofrecer un criterio para diferenciar el delito de estafa cometido mediante los contratos criminalizados del mero incumplimiento contractual, en tanto se suscita la presencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos ramas: civil y penal, que pese a sus diferencias están en condiciones de regular una misma situación fáctica.

Se trata, pues, de un estudio que pone de relieve las difíciles relaciones que existen entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, o más concretamente, entre la estafa por medio del uso de los “contratos criminalizados” y el incumplimiento contractual.

Es necesario efectuar un esfuerzo de clarificación y centrar adecuadamente la problemática, delimitar el ilícito penal de estafa por medio del uso del contrato con respecto al incumplimiento de obligaciones, es una tarea difícil que a pesar a sus diferentes aportes realizados por la doctrina, muchas veces no ha tenido excesivo éxito.

El Recurso de Nulidad N° 2504-2015 –Lima de fecha siete de abril del dos mil diecisiete de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fijó como precedente vinculante que el criterio diferenciador correcto implica establecer quién es el competente por la situación de error de la víctima. Sin embargo, considero que el criterio que debe primar a efecto de diferenciar la estafa mediante los contratos criminalizados del incumplimiento contractual, es el **engaño** utilizado por el sujeto activo, y no por la situación de error de la víctima, como se indica por nuestra Corte Suprema. Concluyo que esta postura reviste de inimputabilidad al sujeto activo del delito quien haciendo uso del engaño, hace caer en error a la víctima, responsabilizando a ésta de su falta de información para obtener algo.

A la vez se estaría desconociendo que el estafador precisamente es experto en construir escenarios que hacen que la víctima se confíe y se muestre crédulo frente a las historias más ingenuas que uno se pueda imaginar. En

cualquier caso el Derecho Penal debe responder a las modalidades delictivas que van apareciendo, a fin de orientar adecuadamente las conductas hacia el respeto de los bienes jurídicos en este caso el patrimonio, y en estos casos no parece correcto dejar impunes este tipo de conductas.

Pilar fundamental de mi investigación es lo señalado por la doctrina española, la que da un verdadero significado a la calificación y uso del engaño en el delito de estafa, así como existe vasta Jurisprudencia y tratadistas que tratan al respecto.

Dicho lo anterior, en las siguientes líneas voy a presentar el desarrollo de mi investigación, apoyándome en la siguiente estructura: **CAPITULO I** Presentaré lo referido al surgimiento del problema para el desarrollo del trabajo de investigación, propondré el planteamiento del problema, los objetivos, la justificación y el tipo de investigación a presentar. **CAPITULO II** Mostraré un resumen de las concepciones dogmáticas en torno al delito de estafa. Al respecto, llevo a cabo una exposición de los planteamientos doctrinales más importantes sobre el tema, y además trataré del incumplimiento contractual, limitándome a desarrollar lo referido al contrato y al incumplimiento de este. En el **CAPITULO III** Desarrollaré acerca de los contratos criminalizados. En el **CAPITULO IV** Propondré el criterio que permita diferenciar entre la estafa y el incumplimiento contractual, desarrollando el engaño como tema principal del capítulo. En el **CAPITULO V** Revisaré el trabajo de campo realizado para analizar y de los resultados obtenidos. Finalmente presentaré mis conclusiones, recomendaciones, bibliografía utilizada y anexos.

El presente trabajo muestra, además, la jurisprudencia nacional y extranjera en torno a la estafa mediante los contratos criminalizados y la figura del incumplimiento de contrato.

ABSTRACT

The thesis that I present under the title: "The crime of fraud in the margins of breach of contract", has as its main purpose to offer a criterion to differentiate the crime of fraud committed through criminal contracts of mere breach of contract, while the presence is provoked in our legal system of two branches: civil and criminal, which despite their differences are able to regulate the same factual situation.

It is, therefore, a study that highlights the difficult relationships that exist between Civil Law and Criminal Law, or more specifically, between fraud through the use of "criminalized contracts" and breach of contract.

It is necessary to make an effort to clarify and properly focus the problem, to delimit the criminal offense of fraud through the use of the contract with respect to the breach of obligations, it is a difficult task that despite their different contributions made by the doctrine, many times It has not had excessive success.

Appeal for Nullity No. 2504-2015 - File dated April 7 of two thousand and seventeen of the Second Transitory Criminal Chamber of the Supreme Court established as a binding precedent that the correct differentiating criterion implies establishing who is competent for the error situation of the victim. However, I believe that the criterion that should prevail in order to differentiate the scam by means of contracts criminalized for breach of contract, is the deception used by the active subject, and not by the error situation of the victim, as indicated by our Court Supreme I conclude that this position is unimputability to the active subject of the crime who making use of deception, makes fall into error to the victim, blaming it for their lack of information to obtain something.

At the same time it would be unaware that the scammer is precisely an expert in building scenarios that make the victim trust and be gullible against the most naive stories one can imagine. In any case the Criminal Law must respond to the criminal modalities that are appearing, in order to properly guide the conduct towards the respect of legal rights in this case the heritage, and in these cases it does not seem correct to leave this type of behavior unpunished

Fundamental pillar of my research is what is indicated by the Spanish doctrine, which gives a true meaning to the qualification and use of deception in the crime of fraud, as well as there is vast jurisprudence and writers dealing with the subject of deception in the crime of fraud.

Having said the above, in the following lines I will present the development of my research, based on the following structure: CHAPTER I I will present what refers to the emergence of the problem for the development of research work, I will propose the approach of the problem, the objectives, the justification and the type of investigation to present. CHAPTER II I will show a summary of the dogmatic conceptions around the crime of fraud. In this regard, I carry out an exposition of the most important doctrinal approaches on the subject, and I will also deal with the breach of contract, limiting myself to developing what is referred to the contract and its breach. In CHAPTER III I will develop about criminalized contracts. In the CHAPTER IV I will propose the criterion that allows differentiating between fraud and breach of contract, developing deception as the main theme of the chapter. In CHAPTER V I will review the field work carried out to analyze and the results obtained. Finally in will present my conclusions and recommendations.

The present work also shows the national and foreign jurisprudence regarding the swindle through the criminalized contracts and the figure of breach of contract.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente trabajo de tesis tendrá como finalidad definir un criterio para diferenciar el delito de estafa mediante los contratos criminalizados del incumplimiento contractual.

En la actualidad se realizan muchos contratos con la finalidad que ambas partes cumplan con lo acordado, pero qué pasa cuando una de ellas no cumple con lo asumido en el contrato, su contraparte se verá afectada con el incumplimiento al haber transferido su patrimonio y sin obtener ninguna prestación debida, es ahí que nuestro tema entra a tallar: qué hacer frente a estos casos ¿demandar por un incumplimiento contractual en la vía civil? ¿se acude a la vía penal y denunciar por delito de estafa?.

El presente trabajo desarrollará en qué consiste cada figura jurídica exponiendo en primer lugar el delito de estafa, el tipo penal y dentro de ella, un tema muy importante y poco tratado por la doctrina nacional, los denominados “contratos criminalizados”, que tiene similitudes con el incumplimiento contractual, ambas figuras tienen algo en común: “el contrato”; sin embargo, el problema surge posteriormente a la realización del mismo, cuando éste no se llega a cumplir.

Para tal fin se analizará el tipo penal de estafa y dentro de ella la Estafa Contractual lo que hoy la doctrina extranjera denomina los contratos criminalizados, y por otra parte saber en qué consiste un incumplimiento contractual.

Esta aclaración es importante a fin de que el Derecho Penal responda a estas modalidades delictivas y se obtenga orientar adecuadamente las conductas hacia el respeto de los bienes patrimoniales, pues no es correcto, en este tipo de casos, dejar impunes ciertas conductas.

Junto a ello, y en atención a la interpretación del tipo penal de estafa, debemos tomar en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia penal, exigen cuatro elementos *objetivos* bien definidos: engaño, error, perjuicio y

disposición patrimonial; sin embargo la discusión, sobre todo en los casos de estafa por medio del uso de contrato, se debe centraren el engaño utilizado por el sujeto activo

Un sector de la doctrina ha propuesto que el criterio que diferencia ambas figuras jurídicas es el dolo, proponiendo que en el delito de estafa se presenta anterior a la celebración del contrato, y en el incumplimiento de contractual, el dolo será posterior o subsecuente. No obstante, un sector contradiciendo, considera que no es un criterio seguro para diferenciar entre la estafa y el incumplimiento contractual, pues en el delito de estafa el dolo siempre será antecedente, pero en el incumplimiento contractual el dolo puede ser tanto antecedente como subsecuente.

A partir de la investigación realizada y las conclusiones que ésta arroja, considero que es necesario definir otro elemento que nos permita diferenciar entre una estafa mediante los contratos criminalizados y un incumplimiento contractual. Para nosotros, este elemento es la concurrencia del uso del engaño, tal como fundamentaremos en el presente trabajo.

CAPITULO I
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. Surgimiento del problema

Las relaciones interpersonales de la llamada “sociedad moderna”, se caracterizan entre otras, por la masiva celebración de contratos de variopinta existencia (tales como compraventa, mutuo, arrendamiento, comodato, prestaciones de servicios, etc.).

Sin embargo, muchos de estos actos jurídicos no llegan a concretarse por diferentes causas, sea porque una de las partes se ve impedida de cumplir con su obligación, adquirida voluntariamente y de buena fe o sea porque desde el inicio de la celebración del contrato tenía la intención de no cumplir con su parte del acuerdo, persiguiendo únicamente el afán de lucrar con el cumplimiento de su contraparte.

Precisamente, la presente investigación pretende resolver este último problema, el cual se presenta al momento de identificar cuándo nos encontramos ante un mero incumplimiento de un contrato y cuándo es que podemos calificar el mismo como un delito de estafa.

En este último grupo de casos, el sujeto activo simula una contratación específica, utilizando el engaño para inducir en error al agraviado y, como consecuencia de ello, obtener la contraprestación pactada, pero sin tener ninguna intención de cumplir con su “presunta” obligación. Se trata de una modalidad fraudulenta de los actos jurídicos, en los que el ingenio que utiliza el defraudador es el propio contrato -con apariencia de regularidad-, a través del cual se aprovecha económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento.

Por lo general, este sujeto pretende que su comportamiento no sea reconducido como modalidad de estafa, sino como incumplimiento contractual de consecuencias eminentemente civiles, éste supone una vulneración de la buena fe contractual, siendo que muchos de los casos de este incumplimiento son causados por el devenir de los acontecimientos, que determina que una de las partes no pueda ejecutar lo acordado, sin que en ello medie la mala fe del agente.

Como puede apreciarse, se presenta aquí un “aparente” concurso entre un ilícito penal y un conflicto civil de naturaleza obligacional, siendo que los afectados-acreedores suelen acudir a denunciar la estafa a la vía penal, como una forma de “presión” frente a su contraparte contractual, con el único propósito de exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por éste.

En ese sentido, teniendo en cuenta que un contrato puede no llegarse a cumplir porque el sujeto activo lo utilizó como parte de su engaño para crear un ambiente aparentemente lícito-pero no es más que una pantomima pues dicho contrato es solo un instrumento para sus fines delictivos-se hace sumamente necesario—en claro auxilio también de los operadores judiciales proponer criterios que permitan diferenciar entre el fraude contractual generador de la estafa y el ilícito civil derivado del incumplimiento contractual.

Para tal fin, es importante recordar que la estafa como delito se encuentra prevista y sancionada en el artículo 196º del Código Penal con el tenor siguiente: *“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”*.

La pena prevista para la estafa en su tipo penal básico (196º) se agrava (196º-A): *“La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa cuando la estafa: 1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, 2. Se realice con la participación de dos o más personas, 3. Se comete en agravio de pluralidad de víctimas, 4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles y 5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o crédito, emitidos por el sistema financiero bancario”, y 6. Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.*

Sobre el delito de estafa es posición unánime aquella que entiende que el bien jurídico protegido es **el patrimonio**, entendiendo por tal “*no es la mera suma de bienes disponibles jurídicamente reconocidos de valor económico que son titularidad de un sujeto, sino el poder económico jurídicamente reconocido*”¹.

Ahora bien, tanto a nivel de la doctrina como la jurisprudencia se indica que la estafa se compone por una sucesión de elementos: *engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito*. Los elementos defraudatorios como el engaño, astucia, ardid, etc son los que van a inducir o mantener en error a la víctima, quien, como consecuencia de esa situación cognoscitiva, va a realizar un desprendimiento de su patrimonio, con la consecuente generación de un perjuicio patrimonial y un ilícito provecho para el estafador.

Respecto al elemento **defraudatorio**, éste se refiere a aquella condición capaz de mantener en error a una persona, siendo la manifestación más usual el engaño, entendido como toda acción u omisión que infringe un deber de veracidad, que distorsiona la realidad, simulando un hecho falso o disimulado uno verdadero, capaz de inducir en error a una persona. Sin embargo, existen otras formas tales como: astucia, artificio, argucias, ardid, artimañas, embustes u otras formas.

Por su parte, el **error** es entendido como la falsa representación de la realidad, siendo que la víctima que se encuentra en error es fácilmente instrumentalizada por el agente.

Por otro lado, el **perjuicio patrimonial** ocasionado al agente pasivo debe ser entendido como la afectación de un derecho jurídicamente reconocido que va a disminuir su patrimonio o va a impedir su aumento. Esto significa que si un bien dotado de valor jurídico y económico es retirado de la esfera patrimonial de su propietario, se le irrogará un perjuicio efectivo; lo mismo ocurre si en vez de lograr el desprendimiento de un bien, se impide que nuevos bienes o ganancias se incorporen en el patrimonio de la víctima.

¹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La determinación del engaño típico en delito de estafa”. Editorial Marcial Pons. Edición 2004. Pág. 82.

En términos simples, el delito de estafa consiste en engañar a otro a fin de despojarlo de su patrimonio y obtener un provecho patrimonial, por lo que requiere la concurrencia de los elementos antes mencionados, pero todos ellos motivados y vinculados por un nexo antecedente y consecuente.

Es decir el autor no sólo debe conocer y querer la realización de un perjuicio patrimonial ajeno mediante el despliegue de una conducta engañosa, sino que es preciso que todo ello lo cometa con el uso del “engaño bastante”.

Por otro lado, en lo que concierne al “incumplimiento contractual”, los problemas aquí se reducen a si el deudor desplegó o no la conducta debida, y si ésta es la que se proyectó al inicio por las partes. El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, sean o no previsibles. El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato.

Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor.

Ante esto, los agraviados utilizarían la vía penal como mecanismo para conseguir la recuperación del dinero o de los objetos que han constituido el contrato, denunciando la comisión del delito de estafa, y en otros casos interponen demandas de incumplimiento contractual buscando indemnización.

Empero, no es pacífica la opinión doctrinal y jurisprudencial respecto del cual es la vía idónea para resolver esta clase de conflictos, teniendo en cuenta que la naturaleza de mínima intervención del Derecho penal nos conduce a sostener que no se puede criminalizar todo tipo de conductas, ya que el ordenamiento jurídico ofrece otros medios para la resolución de estos conflictos.

Para graficar lo dicho tomemos el siguiente ejemplo: un sujeto acude a una tienda de autos usados a fin de “comprar” el auto que observa en exhibición. Luego de una serie de negociaciones, paga el precio del auto pero no suscribe un contrato de compraventa, sino que con engaños el vendedor le hace suscribir un “contrato de promesa de venta” en el cual se consignan cláusulas como las siguientes:

- 1) Que el vehículo será entregado dentro de 45 ó 60 días, según demore el tiempo de su importación;
- 2) Que sólo después de dicho tiempo, recién firmará un contrato de compraventa “final” o definitiva;
- 3) Que como comprador, deberá pagar todos los impuestos y gastos que demanda la importación;
- 4) Que si el comprador no está de acuerdo no podrá denunciar, sino que deberá recurrir primero a una conciliación.
- 5) Finalmente, el comprador pagó pero se fue sin auto.

Es así que en el ejemplo mencionado, el estafador recurre a una serie de engaños para hacer firmar un contrato que aparentemente es de compra-venta, pero que termina siendo distinto. Evidentemente surgirán una serie de cuestionamientos, sobre todo a partir del criterio de la llamada competencia de la víctima: “que si fue ingenuo para firmar sin leer, deberá pagar por ello”. Sin embargo, con esto se estaría desconociendo que el estafador precisamente es experto frente a la creación de escenarios simulados, logrando que la víctima se confíe.

Al respecto, la doctrina penal tanto nacional como extranjera señalan que la diferencia radica en el dolo, siendo que en la estafa sería antecedente, y en lo civil sería posterior o subsecuente.

Por ejemplo, ROJAS VARGAS refiere que la estafa presupone un dolo previo, una intencionalidad puesta de manifiesto antes de la relación contractual, que en

tanto voluntad y conocimiento de los elementos del tipo se manifiesta a través del engaño suficiente para colocar en estado de error al sujeto pasivo de la estafa².

Considera que en la estafa el sujeto activo *ab initio* tenía conocimiento de que no va a cumplir con la contraprestación contractual a la que está comprometido, pero aun así induce en error a la víctima, lo que significa que el dolo es antecedente a la celebración del contrato.

Empero, en el incumplimiento contractual, el dolo civil es subsecuente o posterior a la celebración del contrato, es decir, el agente en un inicio sabe que cuenta con las condiciones para cumplir con su obligación contractual, pero en un momento posterior, por motivos ajenos, decide no cumplirlas conforme a lo pactado.

Esta postura propuesta por ROJAS VARGAS, se opone a un sector de la doctrina extranjera que considera que el dolo antecedente no es un criterio seguro para diferenciar entre la estafa y el incumplimiento contractual, porque el dolo civil no solo puede ser consecuente, sino también antecedente, y en la estafa siempre es antecedente.

En esencia, según la doctrina extranjera, el dolo penal y el dolo civil no tendrían diferencias, pues el segundo también consiste en un engaño. Ante ello, CHOCLÁN MONTALVO señala que: “es dolo cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplea con el fin de inducir o contratar, y que por ello es la causa determinante de la acción del sujeto engañado”³.

Ahora bien, en nuestro Código Civil, el dolo se encuentra regulado específicamente en el art. 210° que a su tenor señala: “*El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto*”. Asimismo, se establece la anulabilidad de todos los actos que han sido celebrados con dolo,

² ROJAS VARGAS, Fidel. “Derecho Penal práctico, procesal y disciplinario. Dogmático y argumentación”. Editorial Gaceta Jurídica. Edición 2002. Pág. 67.

³ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “El Delito de Estafa”. Editorial Bosch. Edición 2000. Pág. 93.

siempre que el engaño usado por la parte sea de tal entidad que sin él no habría celebrado el acto jurídico.

Por lo que se concluye que el dolo civil también se da al inicio de la celebración de un acto jurídico. En consecuencia, no puede afirmarse que la diferencia entre el incumplimiento civil y el delito de estafa resida en el momento de aparecer el dolo, ya que no existe entre ambos una distinción sustantiva que permita delimitar cuándo nos encontramos en presencia de uno u otro.

Por otra parte, la Corte Suprema de nuestro país en el Recurso de Nulidad N°2504-2015-Lima de fecha 7 de abril del 2017, antes señalado declaró haber nulidad en una sentencia condenatoria emitida por la Sala Superior y, revocándola, absolvió a la procesada de la acusación fiscal por el delito de estafa, al considerar que éste no se habría acreditado.

Los argumentos que desarrolla la Sentencia tienen la calidad de precedente vinculante en cuanto a los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18,25 y 26, donde desarrolla tres puntos resaltantes: el primero concerniente a la estructura típica del delito de estafa y la relevancia del engaño; el segundo referido a la competencia de la víctima; y el tercero sobre el límite entre la estafa y el incumplimiento contractual.

En la Jurisprudencia Nacional tenemos también la Casación N° 421-2015-Arequipa⁴ de fecha 21 de marzo del 2017 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la cual se declara casar la sentencia de la Sala Superior y, revocándola, absolvió a los procesados por el delito de estafa. En el contenido de la Casación se ha desarrollado el tema relativo a que los actos con finalidad ilícita no pueden ser pasibles de ser considerados como delito de estafa.

Pese a esta decisión, todavía no es posible elaborar una serie de conclusiones que nos permitan situar debidamente el incumplimiento contractual como un tema a ventilar en la vía penal o civil.

⁴ Ponente: Josué Pariona Pastrana.

2. Planteamiento del problema

- ❖ ¿Cuándo un incumplimiento contractual deja de ser un ilícito civil y pasa a convertirse en un delito de estafa?

3. Justificación de la Investigación

- La presente investigación se justifica porque analiza la problemática existente entre el ilícito penal de estafa mediante los contratos criminalizados y el incumplimiento contractual, tema sobre el que existen diversas opiniones en la doctrina y la jurisprudencia.
- Así también el presente proyecto de investigación se justifica porque plantea una propuesta, teóricamente sustentada, a fin de poder diferenciar entre el ilícito penal de estafa mediante los contratos criminalizados y el incumplimiento contractual.
- Además se justifica porque dota a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados defensores, etc.), de instrumentos teóricos a fin que puedan dilucidar cuándo nos encontramos ante un injusto penal y cuando ante un ilícito civil.

4. Objetivos

A. General

- Determinar el criterio que permita diferenciar la estafa mediante el uso de un contrato y el ilícito civil derivado del incumplimiento contractual.

B. Específico

- Definir la estafa y estudiar el tipo de penal conforme a su descripción en la ley penal peruana.
- Desarrollar el concepto de “Contratos Criminalizados”.

- Establecer las características del engaño típico para configurar el delito de estafa.
- Revisar disposiciones fiscales del Distrito Fiscal de Lambayeque de delito de Estafa mediante el uso de contrato y estudiar como se ha ido desarrollando dicho ilícito a nivel de Fiscalía.

5. Hipótesis

- La regulación expresa del engaño típico en el Código Penal, caracterizado por ser inicial, bastante idóneo, relevante y causal; permite una correcta determinación y diferenciación del delito de estafa con el incumplimiento contractual.

6. Variables

A. Variable independiente:

- Engaño

B. Variable dependiente:

- Estafa
- Incumplimiento contractual

7. Metodología

A. Tipo de Investigación: Básica (pura) y aplicada.

B. Métodos:

En la presente investigación se hará uso de los siguientes métodos:

- Método dogmático: A efectos de comprender el tema objeto de investigación, nos permitirá realizar un análisis crítico de las diversas posiciones doctrinarias tanto a nivel nacional como internacional.

- Método inductivo: A través de dicho método se compatibilizará jurisprudencia nacional e internacional a efectos de determinar cuál es la concepción jurisprudencial generalizada.
- Método dialéctico: Esto quiere decir que la tesis estará conformada por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; la antítesis, por las críticas correspondientes y la síntesis, nuestra postura personal.

C. Técnicas de Investigación: Para la recolección de datos se utilizará las siguientes técnicas:

- **Análisis Documental** Mediante el empleo de esta técnica, se recurrirá a diversas fuentes escritas o digitales para lograr la recopilación del presente tema.
- **Observación Directa:** Esta técnica ha permitido que en la investigación se pueda apreciar el análisis y razonamiento jurídico de los operadores y hombres de Derecho respecto del tema de la forma como resuelven cuando se encuentran frente a un delito de estafa mediante los contratos criminalizados o cuando ante un incumplimiento contractual.
- **Fichaje:** El empleo de esta técnica se realizó en sus diversos tipos:
 - A. Ficha Bibliográfica:** Este tipo de fichas se utilizaron en su mayoría, ya que la información de consulta estuvo enfocada a la revisión de libros y publicaciones en materia de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.
 - B. Ficha Hemerográfica:** Su empleo estuvo enfocado en base a la consulta de revistas de opinión sobre fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales de la investigación.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

LA ESTAFA

1. Antecedentes

La estafa es una especie dentro del género defraudatorio: toda estafa es siempre una defraudación, pero no toda defraudación es siempre una estafa. Para que haya estafa debe mediar la artimaña, el encubrimiento de la verdad.

La estafa puede describirse como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del estafador, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un tercero.

La estafa penetró en el Derecho penal procedente del Derecho romano, donde se llamaba *stellionatus* (proviene de la conjunción de *stellio* y *onis*), y se caracterizó por la ruindad y villanía. La estafa es concebida ya en sus orígenes como un ilícito de carácter traicionero, término con el que se designaba al estelión o salamanquesa. Bajo el nombre de estelionato se castigaban todos los actos cometidos en perjuicio del patrimonio de otro, esto es una pluralidad de hechos que dañaban la propiedad y que se encontraban entre la falsedad y una compensación larga de ciertos hechos graves.

El italiano CARRARA señala que el término estafa proviene del estelión o salamandra, animal variopinto en función a los rayos del sol. Se alude, pues, a los camuflajes que el estafador debe emplear para su realización. Aplicado a todos los delitos cometidos en perjuicio del patrimonio ajeno, había sugerido a los romanos el nombre de "*stellionatus*" como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena.

Es reconocido que el Código Penal español de 1822 fue el que utilizó el rótulo de "estafa" por primera vez, para denominar a las conductas por las que

el autor, por medio del engaño o cualquier otro acto fraudulento, hace que la víctima le entregue en forma voluntaria parte o el total de su patrimonio.⁵

Los Códigos Españoles de 1822, 1844/50 sufrieron la influencia de la legislación comparada europea (en especial de los códigos francés e italiano) en su orientación doctrinaria y en su arquitectura legal, catalogando a este delito como “engaño”, pero manteniendo el régimen casuístico, mediante casos analíticamente incluidos en incisos.⁶

Ha señalado MEZGER que el delito de estafa es un tipo que nace en el siglo XIX, y eso es cierto, en cuanto, durante mucho tiempo la estafa aparece confundida con la falsedad, integradas ambas en el crimen falsi romano, y a lo mas, considerándola dentro de aquel como un derivado del estelionato, que había tomado su nombre de la salamandra o el camaleón que camuflaba su presencia con adaptaciones de su color al de la luz ambiente. Así se comprendían en el “crimen stellionatus” aquellas conductas indefinidas y disimuladas que para los romanos aparecían a caballo entre el “furtum” y el “falsum” como la venta de la cosa gravada ocultando la carga. Hasta la época imperial, esos y otros casos se resolvían con el ejercicio de la “actio doli”, de carácter privado, pero a partir de la acción pública propia del derecho imperial, se construye el stellionatus como crimen con su peculiar estilo. QUINTANO RIPOLLLES citado por Arroyo de las Heras, afirma que si por algo se caracteriza la estafa “es por la proteica diversidad de sus formas”. Precisamente de “proteo de los delitos” calificó GARRAUD a las estafas, esforzándose desde mucho tiempo los técnicos del derecho penal en hallar una fórmula definitiva que las comprenda a todas ellas. Tal esfuerzo, a juicio del citado autor, ha resultado baldío y atribuye la responsabilidad del fracaso presentemente a los doctrinarios por aferrarse literalmente”⁷.

⁵SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra el Patrimonio”. Editorial Grijley. Edición: Cuarta 2010. Pág. 275.

⁶ROMERO, Gladys. “El delito de estafa”. Editorial Hamuraby- Argentina. Edición Segunda – 1998. Págs. 29-30.

⁷ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. “Los Delitos de Estafa y Falsedad Documental”. Editorial Bosch- Barcelona- España. Edición 2005. Pág. 15.

Ahora bien, las ideas de falsedad y fraude no aparecen claramente diferenciadas como figuras delictivas autónomas, sino en los Códigos Decimonónicos. Hasta entonces no se constata una separación de la estafa como delito contra la propiedad de las falsedades atentatorias a la fe pública. El Código Penal Español de 1822, estableció una detallada regulación penal de la estafa con la sistemática empleada por el Código Napoleónico de 1810. Los códigos penales que le sucedieron siguieron con ese sistema enunciativo o de descripción en su tipificación, con incorporación de cláusulas analógicas en el articulado, al no poder singularizar en descripciones individuales todas las conductas imaginables merecedoras de sanción⁸, en los tiempos modernos la estafa ha logrado un lugar cada vez más importante en combinación con el desarrollo del Estado Moderno y de la moderna vida económica, es así que la vida moderna ha procurado al estafador y a la estafa tan diversas posibilidades como apenas se encuentran en ningún otro delito. Con el cambio de situaciones y circunstancias nacen constantemente nuevas formas de estafa y se forman nuevos tipos de estafadores.⁹

Esto lleva a que el concepto de estafa se estructure, pues como un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para tercero¹⁰, siendo opinión mayoritaria en la doctrina dominante considerar al patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de estafa. La lesión del patrimonio ha de contemplarse desde la perspectiva de una disminución económica¹¹. Esto ha llevado a nuestro legislador patrio a tener en cuenta estos criterios al momento de regular jurídicamente estas nuevas conductas delictivas.

⁸ LORCA MARTÍNEZ, José. "Las Estafas del art. 251° del Código Penal de 1995". Editorial Aranzadi- Navarra- España. Edición 1997. Págs. 25-26.

⁹ MIDDENDORFF, Wolf. "Sociología del Delito". Revista de occidente, Editorial Madrid- España, 1961. Pág. 97.

¹⁰ FONTAN BALESTRA, Carlo. "Tratado de Derecho Penal". ABELEDO-PERROT, VI Bs- As- Argentina. 1989. Pág. 35.

¹¹ MAZUELOS COELLO, Julio. "Lecciones de Derecho Penal". Editorial San Marcos, Lima- Perú. Edición 1995. Pág. 137.

Si bien el delito de estafa en la actualidad moderna atenta contra el patrimonio de las personas, debemos tener presente que en este tipo de delitos no existe violencia o amenaza como en el robo, la usurpación o la extorsión. Se trata de un delito donde el agente actúa con inteligencia engañosa a través de medios fraudulentos para hacer que la víctima le entregue a él u otro voluntariamente el “bien” para de esta manera obtener un provecho o beneficio perjudicando a la víctima o tercero.

2. Regulación de la estafa en el Código Penal Peruano

A. Introducción

El delito de estafa, cuyo antecedente legislativo nacional más próximo es el descriptivo, numerativo y ejemplificador artículo 244° del Código Penal de 1924, sin embargo aparece sancionado, sin duda con mejor técnica legislativa, en el numeral 196° del actual Código Penal en los términos siguientes: *“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid, u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena de privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”*.

El delito de estafa se configura, aparece o se verifica en la realidad concreta cuando el agente haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que éste, en su perjuicio, se desprenda de su patrimonio o parte de él y le entregue en forma voluntaria en su directo beneficio indebido de un tercero.

B. Tipo penal

El delito de estafa encuentra su descripción típica en el art. 196° del Código Penal, en donde se indica que se castigará con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años a:

“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta”

La pena prevista para la estafa en su tipo penal básico (196°) se agrava (196°-A), cuando: 1. *Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor*, 2. *Se realice con la participación de dos o más personas*, 3. *Se comete en agravio de pluralidad de víctimas*, 4. *Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles*, 5. *Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o crédito, emitidos por el sistema financiero bancario*, y 6. *Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima*.

C.-Bien Jurídico

Se protege el patrimonio. El delito de estafa es considerado como una infracción al patrimonio dentro de casi todos los códigos contemporáneos, el objeto jurídico del delito de estafa es un bien o interés relativo al patrimonio. Se protege el patrimonio, pero de manera específica, la situación de disposición que tiene un objeto sobre un bien, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica y sea de relevancia económica.

En la doctrina española para FRANCISCO MUÑOZ CONDE el bien jurídico es el “patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes bienes muebles o inmuebles, derechos, etc, que pueden constituir el objeto material del delito”¹².

En la doctrina peruana PEÑA CABRERA FREYRE, define al patrimonio como: “el conjunto de valores, de bienes, de derechos patrimoniales, susceptibles siempre, de ser cuantificados económicamente en el mercado, que se encuentran atribuidos a una determinada persona, en cuanto revistan una apariencia jurídica,

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal – Parte Especial”. Editorial Tirant lo Blanch-Valencia España. Edición Primera - 2001. Pág. 204.

es decir, una protección legal que no necesariamente debe lindar con una estado de certeza”¹³.

De forma mayoritaria se sostiene que el bien jurídico protegido en la estafa es el *patrimonio*. Respecto al concepto de éste, a nivel de la doctrina suelen apreciarse las siguientes posiciones¹⁴:

- **Concepto jurídico**; según esta posición el patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, reconocidos por el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con esta posición no es patrimonio las cosas de titularidad de la víctima que tienen origen ilícito; tampoco las meras expectativas no reconocidas. Por otro lado, sí serían patrimonio los derechos subjetivos tanto patrimoniales como no patrimoniales.

- **Concepto económico**; este punto de vista entiende como patrimonio, los bienes de una persona, económicamente valorables, aunque no tengan reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Contrariamente, a la posición anterior, aquí sí forman parte del patrimonio bienes de origen ilícito y expectativas, pero quedan fuera las cosas que no ostentan valor económico.
- **Concepto mixto o económico-jurídico**; según este concepto patrimonio es el conjunto de bienes o derechos con valor económico, que gozan, además, de tutela jurídica. Su único límite sería el sistema de valores reconocidos en la Constitución y el ordenamiento jurídico en general¹⁵. De acuerdo con esta posición, la noción de patrimonio incluye: cosas, bienes y créditos con valor económico, derechos reales, personales e intelectuales, posesión obtenida legítimamente, expectativas (ganancias futuras), con base jurídica preexistente y cierto grado de certeza respecto a su

¹³ PEÑA CABRERA, FREYRE Alonso Raúl. “Derecho Penal – Parte Especial”- Tomo II. Editorial Idemsa- Lima Perú. Edición 2010. Pág. 342.

¹⁴ DONNA, EDGARDO Alberto. “Delitos contra la propiedad”. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni. Pág. 266 y ss.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 269.

verificación¹⁶. Este es el concepto adoptado de forma mayoritaria la referencia a “patrimonio” supone que pueden ser lesionados o puestos en peligro no solo la propiedad, sino también la posesión, el derecho de crédito e incluso las expectativas¹⁷.

Ahora si bien es cierto el ataque al patrimonio de las personas puede materializarse a través de la afectación de cualquiera de estos derechos reales - relación de señorío de una persona con la cosa- ello no significa que basta su lesión para apreciar la estafa, pues esta supone un perjuicio y provecho ilícito.

Preciso es señalar que la reducción del patrimonio de la víctima, en su consideración como *universitas iuris*, debe ser necesariamente consecuencia de las acciones fraudulentas realizadas por el sujeto activo.

D. Estructura del tipo penal de estafa

La estafa es un delito que ataca al patrimonio en su universalidad. Consiste en la disposición patrimonial realizada por la víctima por haber sido inducida o mantenida en error por parte del agente, quien se ha servido del engaño u otra forma fraudulenta. Dicho error implica un conocimiento viciado de la realidad, a la vez que la disposición patrimonial significa un perjuicio para la víctima y a su vez, un beneficio para el agente. El engaño debe ser causa del error, y este a su vez de la disposición patrimonial.

El delito de estafa es el uso de artificio o engaño, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho patrimonial en perjuicio ajeno.

SEBASTIÁN SOLIER considera como estafa: “*la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado mediante ardides, tendientes a obtener un beneficio indebido*”¹⁸

¹⁶ Ibídem. Pág. 270.

¹⁷ Ibídem. Pág. 263.

¹⁸ PAREDES INFANZÓN, Jelio. “El delito de estafa en el Código Penal Peruano”. Consulta: 10 de enero de 2018.

<http://legis.pe/estafa-codigo-penal-peruano/>

En la dogmática del delito de estafa del tipo básico (196°) se sostiene que se trata de un tipo penal que pretende proteger el patrimonio de la víctima de la estafa (en ese sentido han de entenderse las referencias a “tercero” y “agraviado” a los que alude expresamente el tipo penal). De esta manera, el bien jurídico será el patrimonio del estafado, el cual, según dispone el art. IV del Título Preliminar del CP, debe ser lesionado o puesto en peligro.

Respecto al concepto de estafa, el CP peruano no presenta una definición sobre este ilícito, su técnica legislativa es la descripción casuística de las formas de estafar. Se trata en puridad de una forma específica del genérico comportamiento consistente en defraudar.

Podríamos definirla de la siguiente manera: *la conducta que, con ánimo de lucro injusto, propio o de tercero, engaña a otro induciéndolo a error o manteniéndolo en él, para que él mismo realice un acto de disposición de su patrimonio, lo que tiene como consecuencia un perjuicio patrimonial para la propia víctima.*

BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO¹⁹ definen a la estafa como el resultado producido en perjuicio de la víctima a consecuencia del uso del engaño utilizado por el agente. Se da mayor importancia al resultado producido en agravio del sujeto pasivo que al contenido mismo de la conducta que debe desarrollar el sujeto activo. ROY FREYRE comentando el Código Penal derogado, enseñaba que estafa es el perjuicio patrimonial ajeno e ilícito que se causa mediante artificio, astucia o engaño, obteniendo un provecho económico para sí o para un tercero. Por su parte, BRAMONT ARIAS TORRES Y GARCÍA CANTIZANO prefieren definir a la estafa como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose el estafador un provecho económico para sí o para un tercero.

¹⁹ BRAMONT ARIAS TORRES-GARCÍA CANTIZANO. “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. Editorial San Marcos- Lima 1997. Edición Tercera. Pág. 346.

PEÑA CABRERA siguiendo la interpretación efectuada por ANTÓN ONECA al comentar el Código Penal Español, definía la estafa como la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de tercero.

En palabras de CHOCLÁN MONTALVO la estafa “es todo aquel comportamiento del sujeto activo que, con ánimo de enriquecimiento injusto, induce a otro a una disposición patrimonial mediante la alegación de hechos falsos u ocultación de los verdaderos, produciendo o reforzado la falsa representación del sujeto pasivo, inevitable con el empleo de la diligencia de la que era capaz y exigible en la situación concreta, y de la que resulta un perjuicio en su patrimonio”²⁰.

D.1. Tipicidad objetiva

El tipo objetivo del delito de estafa viene configurado por la procuración para sí o para otro de un provecho ilícito, induciendo o manteniendo en error al agraviado, mediante engaño, ardid u otra forma fraudulenta. El sujeto activo puede ser cualquier persona, por lo que nos encontramos ante un delito común. El sujeto pasivo puede serlo cualquier persona natural o jurídica que sufre el perjuicio en su patrimonio. La conducta prohibida del delito de estafa tiene una serie de elementos (engaño, error, acto de disposición en perjuicio de otro). Para configurar el delito de estafa, no basta con la suma de componentes, sino que requiere un nexo entre ellos, comúnmente designado como relación de causalidad. Esto implica que en el delito de estafa un elemento precede al anterior. Por ejemplo, el error en el que se encuentra la víctima debe haber sido generado o mantenido por el engaño del agente.

Para la configuración del delito de estafa se requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes; esto es requiero primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido

²⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit. Pág.89.

para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprende del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero.

a. Sujeto activo

Conforme al Código Penal de 1991, el sujeto activo en el delito de estafa puede ser cualquier persona física. El agente activo del delito es el autor del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, mediante el cual induce en error al sujeto pasivo, a fin de obtener, en perjuicio de éste un provecho patrimonial ilícito a su favor o para un tercero.

b. Sujeto pasivo

En el delito de estafa, el sujeto pasivo es la persona que sufre perjuicio patrimonial, es el titular del patrimonio.

c. Elementos objetivos del tipo penal de estafa

Desde el plano de la tipicidad objetiva, al ser un tipo penal común, el sujeto activo no requiere condición especial alguna basta con que utilice el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta para inducir o mantener en error al titular del patrimonio, generándole la disposición patrimonial perjudicial.

Cabe indicar que el acto de disposición del patrimonio que despliega la víctima, no yace expresamente establecido en el artículo 196° del Código Penal, sino que debe deducirse a partir de la propia conceptualización de la estafa como delito contra el patrimonio.

Desde la tipicidad objetiva, entonces, se requiere que exista una relación marcada por la causalidad o si se quiere por la imputación objetiva entre los medios de fraude, el error de la víctima y la disposición patrimonial perjudicial que esta realiza.

El *modus operandi* del sujeto activo es, entonces, el quebrantamiento de la buena fe de la víctima **a partir de los actos fraudulentos que despliega el sujeto activo**. Las modalidades fraudulentas que recoge la ley penal nacional son:

engaño, astucia, ardid y una formula genérica descrita bajo la cláusula: “u otra forma fraudulenta”.

Gálvez Villegas y Rojas León precisan: *“En el delito de estafa el legislador nacional ha configurado un determinado iter comisivo, así el proceso se inicia con engaño que produce un error en la persona, quien a consecuencia de éste, realiza un acto de disposición patrimonial del que deriva el perjuicio”*²¹

Gonzáles Rus refiere que “El engaño es el elemento más característico de la estafa. Tal es, en la definición de Antón Oneca, la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas. Conectando al mismo, pero conceptualmente separable, se encuentra el error que el engaño provoca en el sujeto pasivo y que en esencia no es otra cosa que una representación mental que no corresponde a la realidad. El engaño va referido a la conducta del sujeto activo y es, por consiguiente, de naturaleza objetiva, mientras que el error hace referencia al sujeto pasivo y es de naturaleza subjetiva. El error ha de ser provocado por el engaño.”²²

1. Engaño

Es el primer y, más común significativo de los elementos definitorios de la estafa. El significado común del engaño implica la falta de la verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer con la finalidad de producir error. CANEZ MARTICORENA²³, citando a QUINTERO OLIVARES señala que el engaño engendrará un peligro de producción del resultado dañoso en la medida que sea adecuado para producir error. El éxito de la conducta engañosa la realización de una disposición patrimonial injusta dependerá de su capacidad para alterar los elementos de juicio de que disponga o pudiera disponer la víctima,

²¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino/ ROJAS LEÓN, Ricardo. “Derecho Penal Parte Especial”. Editorial Jurista Editores. Edición Primera-2010. Pág. 977.

²² GONZÁLES RUS, J.J. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico- Las Defraudaciones - La Estafa”. En: Cobo Rosal, M (Director). Compendio de Derecho Penal/Parte Especial. Editorial: Marcial Pons. Edición: Madrid. 2000. Pág.432.

²³ CÁNEZ MARTICORENA, Alfredo. “Sobre el Delito de Estafa y otras Defraudaciones”. Alternativas-Lima. Edición 2000. Pág. 17.

provocando así una decisión errónea que le llevará, fatalmente, a una disminución injusta de su acervo patrimonial.

En el mismo sentido MUÑOZ CONDE citado por MAZUELOS COELLO refiere que “la acción engañosa debe ser causa del error, debe existir una relación de causalidad entre ambos. Se trata de destacar que el engaño debe ser causa adecuada para producir error en la persona de la víctima”.

Constituye el medio por el cual se sirve el agente para provocar el desplazamiento patrimonial de forma voluntaria, pero viciada, por parte de la víctima. Importa el falseamiento de la realidad, es decir, los hechos que son revestidos de un determinado ropaje, para dar aparecer ciertas características de las cosas, que no se condicen con su verdadera naturaleza.

La Real Academia de Lengua Española define al engaño como: “*Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre*”²⁴

Engaño es la falta de verdad en lo que se dice, o hace de modo bastante para producir error e inducir el acto de disposición patrimonial; esto quiere decir, que el engaño debe ser idóneo y suficiente para engendrar el error en la psique del sujeto pasivo y, así provocar el desplazamiento del objeto material.

A los efectos del medio engañoso en la estafa, solo vale la pena lo que se persigue hacer creer, sabiendo que es falso, puesto que la falta de verdad en lo que se piensa coloca en situación de engaño al propio autor, de modo que es él quien está en error, entonces no existe el elemento subjetivo caracterizado por el propósito de inducir a error al sujeto pasivo.

Definitivamente, el engaño es más que la mentira, pues la segunda dependerá ya de los juicios de valor de la persona, que incide mas que todo en la presunción de buena fe del obrar del prójimo, en cambio, el engaño supone que lo que se dice o afirma, viene acompañado con ciertos datos objetivos, que tienden a inducir a la creencia de algo que no se corresponde con la verdad.

²⁴REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) s/f Diccionario de la lengua española. Consulta: 15 de enero 2018.
<http://dle.rae.es/?id=FLGoM4q>

En la doctrina española, en cuanto al engaño, se dice que no basta con mentir de cualquier modo sino que solo adquiere relevancia típica aquel engaño que, con palabras de la ley, es “bastante” para producir error en otro y a la vez inducirlo a realizar un acto de disposición patrimonial. Si bien nuestra legislación no ha acogido dicha adjetivación (“bastante”), el “engaño”, ello no es óbice para que su interpretación, a efectos de calificar la relevancia típica de la conducta, haya de acoger baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el error en el sujeto pasivo, en cuanto el desborde de niveles de permisión en el mercado²⁵.

RAÚL PEÑA CABRERA diferencia lingüísticamente los tres términos que utiliza el artículo 196º del Código Penal esto es: ardid es un medio empleado hábil y mañosamente para el logro de un algún intento; astucia es la habilidad, carácter mañoso y audaz con que se procede para conseguir un provecho ilícito creando error en la víctima y finalmente, engaño indica la falta de verdad en lo que se dice, cree, piensa o discurre.²⁶

El engaño lo define como la desfiguración de lo verdadero de inducir a error a una o varias personas, en otras palabras la expresión designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras u otro modo, algo que no es verdad.

Los verbos empleados en la tipicidad objetiva, apuntan hacia lo mismo: generar un error en la persona del sujeto pasivo, incidiendo en un plano de configuración determinado que no se corresponde con la realidad de las cosas, que el agente pretende mostrar como tal.

Se ha estimado importante, fijar criterios subjetivos y objetivos, a fin de delimitar el engaño capaz de provocar el error de la víctima; primero estimando un carácter generalizador del “hombre medio”, de ciertos márgenes de racionalidad y ponderación, con la que debe actuar todo individuo en el mundo del comercio y de los negocios así, como el análisis del hombre concreto que se sitúa frente al engaño. Modo de proceder que debe ser abandonado y sustituido por el juicio de

²⁵ PÉREZ MANZANO M. “Las Defraudaciones”. Editorial: Editores Importadores. Edición Tercera – 2006. Pág. 443.

²⁶ PEÑA CABRERA Raúl. “Tratado de Derecho Penal”. Editorial AFA Editores Importadores SA. Edición 1988. Pág. 284.

pronóstico posterior objetivo, conforme al cual se enjuicia, según la doctrina mayoritaria, la idoneidad objetiva de un comportamiento para producir un determinado resultado.

PÉREZ MANZANO, señala que la ausencia de idoneidad objetiva falta de adecuación o peligrosidad objetiva del engaño no produce el error. Es lo que permite excluir como conductas típicas de estafas, en primer lugar supuestos como el de quien paga cantidades de dinero a un curandero, exorcista o brujo para conseguir cura de una determinada enfermedad por ejemplo. El ciudadano que acude a los denominados “shamanes”, para que lo curen de la mala suerte o que atraigan a la persona amada o, en la lectura de la mano por parte de las gitanas. Cuestión distinta es de verse en los juegos de azar, no es una estafa, sino gana dinero, puesto que el cliente, a propia voluntad, coloca su patrimonio a una expectativa incierta y aleatoria.²⁷

El engaño, que nos sirva para definir la tipicidad es aquel que viene determinado normativamente, el adecuado para generar el “error” en la psique del sujeto pasivo, así sea de generar la disposición patrimonial. Esto es, la delimitación del engaño típico debe obedecer a criterios normativos, entre los que se encontrará, desde luego, su adecuación concreta, para mediante el precepto acto de disposición, dañar el patrimonio.

Es por ello que debemos señalar que el engaño debe generar un error, que importe la creación de una conducta que sobrepase el riesgo permitido, con aptitud de lesión al patrimonio del sujeto pasivo, concretamente la disponibilidad patrimonial desencadenante del perjuicio, el cual debe ser concreción directa de dicho error y no como consecuencia de otros factores causales concomitantes.

No se puede hablar de “estafa” en el supuesto del deudor que luego de contraer una deuda, que debe de pagar en cuotas periódicas, se ve impedido a honrar su compromiso, al sobrevenir factores ajenos a su propia voluntad, no aparece pues el engaño; una consideración contraria, importaría criminalizar los meros incumplimientos contractuales. En el marco jurídico obligacional, para que

²⁷ PÉREZ MANZANO, M. Óp. Cit. 444.

podamos identificar una conducta típica de estafa, la intención de engañar ha de reflejarse en la constitución de la relación contractual.

El engaño será relevante cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo con las pautas sociales y su capacidad de cuidado de sus bienes, del que es titular.²⁸

El engaño debe generar un error, que importe la creación de una conducta que sobrepase el riesgo permitido, con aptitud de lesión al patrimonio del sujeto pasivo, concretamente la disposición patrimonial desencadenante del perjuicio, el cual debe ser concreción directa de dicho error y no como consecuencia de otros factores causales concomitantes²⁹.

Por lo tanto se debe tener en cuenta que “el engaño utilizado por el sujeto activo del delito, debe ser lo suficientemente idóneo y revestir características serias para lograr inducir a error al sujeto pasivo de la acción, a fin de lograr que este realice el acto de disposición patrimonial”³⁰

1. a. El riesgo permitido

La sociedad moderna por la incesante realización de una serie de actividades, en diversos ámbitos sociales, culturales, deportivos y laborales, pone en relieve la actuación de conductas humanas, que de por sí llevan intrínsecamente un riesgo, un peligro que sí es concretizado, puede generar una lesión efectiva a un bien jurídico penalmente tutelado. Riesgos que son tolerados, permitidos y autorizados, en la medida que son necesarios para el desarrollo socio-económicos de una determinada comunidad social; la ciencia y la tecnología

²⁸ REATEGUI SÁNCHEZ, James. “Derecho Penal- Parte Especial”- Tomo II. Editorial Idemsa- Lima. Edición 2010. Pág. 342.

²⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. Pág. 348.

³⁰ Cfr. R.N.N° 773-2001-Lima. El Código Penal en su Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 1era Edición. Lima, Pág. 315. El engaño típicamente relevante debe ser uno que sea adecuado para provocar error en la víctima. Presenta los siguientes requisitos: 1) Que sea precedente o concurrente. El engaño en ningún caso debe ser sobrevenido, sino anterior o coetáneo al acto de disposición del sujeto pasivo; por lo tanto el dolo en la estafa, debe al menos coincidir temporalmente con la acción del engaño. 2) Que sea bastante. Significa que el engaño sea suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquier que sea su modalidad. Ver ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Los Delitos de Estafa y Falsedad Documental, Editorial Bosch. Barcelona, 2005, p.p. 24-27. En el caso del error de la víctima tiene que derivarse siempre del montaje aparente o falso elaborado por el sujeto activo. Ver ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Op. cit Pág.31.

hoy en día han adquirido un avance extraordinario, dado lugar a la invención de una serie de mecanismos, instrumentos que han hecho más fácil la vida del hombre, pero que, a su vez, han supuesto la creación de armas de destrucción masiva.

No podrían prohibirse dichos comportamientos, so pena de paralizar el despliegue económico de nuestras comunidades, por lo que son autorizadas, siempre y cuando sean ejercidas en sujeción a los parámetros de legalidad.

Dichas actividades humanas, llevan ínsito un riesgo, éstas deben ser positivamente reguladas, a fin de no propiciar la generación de peligro. Si una lesión es producto de un riesgo permitido, habrá que negar la imputación delictiva; solo si el comportamiento humano genera un riesgo no permitido con aptitud de lesión, y éste es la concreción del resultado lesivo producido, es que podemos hablar de “imputación objetiva” y es que la entidad del engaño, susceptible de provocar el error en el sujeto pasivo, debe ser tal, que genere el denominado “riesgo no permitido”. La acción que se mantiene dentro de los límites de los socialmente permitidos en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse anti normativo en sentido de la estafa.

Delimitar la relevancia típica de la conducta prohibida del delito de estafa, según los criterios que se aglutinan en la moderna teoría de la imputación objetiva; dejando de lado fundamentos privativos de las leyes de la naturaleza (causalidad).

JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ, señala que: “el engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo”³¹.

La relación entre el sujeto activo y el pasivo se produce en un ámbito en el que el patrimonio está sometido a un cierto peligro, consustancial a la actividad en la que se desenvuelven ambos (la competencia, el beneficio económico, el riesgo comercial, etc.). Engaño bastante es el que aumenta el peligro implícito a la

³¹ VALLE MUÑIZ, José Manuel. “El Delito de Estafa”. Editorial: Bosch. Edición: Primera. España. Pág. 165.

relación y que no provenga de procedimientos usuales o tutelados es ese tipo de tráfico.

El mercado de consumo, se mueve hoy en día, en base a la idea de fantasía, la exageración, la ilusión, como método lícitos, para que los proveedores puedan captar a sus potenciales clientes. Para tales efectos se emplean avisos publicitarios, propios de técnicas de marketing, en los cuales se sobredimensionan las propiedades del producto en cuestión, lo cual no determina su calificación como una conducta típica de estafa. Cuando en los comerciales de cigarrillos, cerveza, perfumes y otros productos de consumo masivo, se tiende a pensar que el uso de los mismos, permite al varón conquistar mujeres bellas, hacerse de una gran riqueza o tener una mejor suerte en la vida, lo que en definitiva no tiene por qué condecirse con la realidad de las cosas; son exageraciones en si permitidas y toleradas por el mercado. Situación distinta se dará, cuando se oferta un producto, resaltando una determinada propiedad por la adquisición del mismo, un producto para adelgazar que se ofrece en la televisión a un precio meridianamente caro o unos accesorios para vehículo, que finalmente, en su uso se advierte que no tiene dichas características, pues el usuario no bajó ni un gramo luego de tres meses de empleo, por lo que serían una conducta constitutiva de estafa.

La determinación de la relevancia típica debe analizarse conforme a ciertos aspectos como el lugar donde se adquiere, así como el precio. En el caso de quien compra una supuesta cadena de oro en la calle, a un vendedor ambulante a un precio ínfimo, no puede hablarse de un engaño, si esto es bañada, en la medida que nadie podría pedir garantía alguna en una compra de esa naturaleza.

Así también quien adquiere un perro de raza, a un precio muy debajo del valor promedio, en un circuito ambulatorio. No se puede conceder protección legal, a quien no fue precavido con sus propios negocios, menos la punitiva.

Tampoco procede la estafa en aquel supuesto en que a pesar de la idoneidad del engaño, el sujeto pasivo termina siendo consciente del ardid pero en los que, por pura liberalidad, por ejemplo, realiza los actos de disposición.

Para que se pueda tipificar la conducta por el delito de estafa, debe relevarse una actividad fraudulenta (ardid), que desde un primer momento se dirija

a inducir a error a la víctima, generando la disposición patrimonial, que pueda incidir en la producción de un perjuicio para su patrimonio; para lo cual debe verificarse también el dolo del agente, conciencia y voluntad del sujeto activo.

Por otro lado, si de productos alimenticios se trata y, las consecuencias en cuanto a su adulteración, que puedan reputarse como una conducta engañosa, linda también con aquellos injustos que atentan contra la salud pública.

Vista la dinámica contractual, se advierte riesgos para los consumidores los contratantes; los cuales serán permitidos, siempre y cuando no desborden ciertos planos de legitimación. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ señala que dibujan en la dinámica contractual una especie de tensión dialéctica entre el necesario respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y la inevitable defensa de los particulares intereses. Solo las conductas engañosas que desproporcionan sensiblemente la tensión apuntada serán consideradas como típicas.

1. b. Autopuesta en peligro

La moderna teoría de la imputación ha puesto especial atención a la participación de la víctima en la perpetración del injusto. Concretamente, de su ámbito de intervención fáctica, en cuanto a la realización típica, que ha de procurarse el autor, para poder lograr su propósito delictivo, si la efectiva lesión del bien jurídico obedeció a la asunción de un riesgo, al cual de forma voluntaria se sometió la propia víctima, no cabe entonces formular el juicio de imputación delictiva al tercero, pues solo aquella será responsable por los defectos de su esfera de competencia organizativa. Así por ejemplo, quien decide por saltar paracaídas a pesar de no estar adiestrado para ello, no puede generar responsabilidad a quien solo le deslizo la idea.

Algunas figuras delictivas no pueden ser explicadas, criminológica y dogmáticamente, al margen de la intervención del sujeto pasivo del delito. Es que la comisión de aquellos sólo puede ser alcanzada, cuando la víctima contribuye de forma decidida en su configuración.

Respecto al delito de estafa, la participación de la víctima resulta esencial para que este injusto pueda materializarse en la vida cotidiana. No olvidemos que

es el sujeto pasivo del “error”, quien con sus propios actos, genera la disposición patrimonial que ingresa a la esfera de custodia del agente, por lo que si el autor, no logra convencer al ofendido, no podemos hablar de delito alguno.

GONZALES REUS señala a la estafa como “delito con víctima colaborador, que juega un papel central en la dinámica comisiva”³², siendo que esta será siempre en sujeto pasivo de este delito, lo que se tutela en el artículo 196° del Código Penales su patrimonio, de forma individual, a diferencia de algunas ilicitudes penales que atentan a la administración pública. Pero, lo importante a todo esto, es el análisis que de forma pormenorizada debe efectuarse, sobre la naturaleza de esa contribución y bajo qué circunstancias tomó lugar, a fin de fijar su corrección, cuando el desplazamiento patrimonial debe ser atribuido únicamente a la esfera de competencia de organización de la víctima y, no a la esfera de competencia del supuesto autor (delimitación de esferas de responsabilidad).

Las particularidades que presenta el ofendido, al momento de la comisión del hecho punible, no será lo mismo: el empresario textil que participa en un contrato de *joint venture* de aquel campesino que recién llega a la ciudad y cae en redes de unos estafadores, bajo el cuento de la venta de terrenos que eran propiedad del Estado. Es a partir de estos datos, que podemos arribar a una conclusión acertada, de que si la lesión patrimonial que sufrió la víctima, puede o no generar un juicio positivo de imputación delictiva.

2. Astucia

Es la simulación de una conducta, situación o cosa imitando lo que no se es, es lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de caer en error. El uso de nombre supuesto o el abuso de confianza son formas en las cuales el agente actúa con astucia.

Según la Real Academia de la Lengua Española define la astucia como: “*cualidad de astuto*”. Y *astuto*: “*Agudo, hábil para engañar o evitar el engaño o para lograr artificiosamente cualquier fin*”

³² GONZALES REUS J.J. “Delitos contra el Patrimonio”. Editorial Idemsa. Edición Segunda. Pág.667.

3. Ardid

Es el medio o mecanismo empleado hábil y mañosamente para lograr que una persona caiga en error.

La Real Academia de la Lengua Española define ardid como: “*Artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento*”.

4. Otra forma fraudulenta

Puede ser, el artificio, el truco, el embuste, la argucia, etc. El artificio es la deformación mañosa de la verdad con el fin de hacer caer en error de apreciación a otra persona que observa la materialidad externa y aparente de una realidad.

En el artificio va incluida la idea de engaño, pero también la del arte puesto en juego para que el engaño triunfe, de donde se desprende el aseverar que la simple mentira no constituye engaño o artificio, sino cuando esté acompañada de ciertos otros elementos que le den credibilidad. Se requiere lo que los franceses denominan *mise in scene*.

El truco es la apariencia engañosa, hecha con arte para inducir a error a otra persona.

El embuste es una mentira disfrazada con artificio.

La argucia es un argumento falso presentado con agudeza o sutileza cuyo fin es hacer caer en error a otra persona.

Todos los mecanismos utilizados por el estafador tienen como objetivo final hacer caer en error a su víctima, por lo que es rigor del presente trabajo precisar las diferencias de matices y alcances entre los conceptos de astucia, artificio, ardid, truco, embuste, y principalmente el engaño, etc, pues la técnica legislativa seguida por el legislador peruano permite equipararlos en su idoneidad fraudulenta.

Los mecanismos que puede utilizar el agente para hacer caer en error a su víctima, no se requiere cualquier tipo de engaño, artificio, ardid o astucia para estar ante el elemento que exige el delito de estafa.

Se requiere lo que la doctrina española denomina “engaño bastante”. Es decir, suficiente e idóneo para producir error e inducir al sujeto pasivo a desprenderse de parte o el total de su patrimonio.

El operador jurídico al momento de calificar la conducta deberá verificar si el mecanismo fraudulento, engaño utilizado por el estafador fue inicial, bastante, idóneo, y causal para propiciar que su víctima caiga o se mantenga en error.

El acto fraudulento deberá ser lo suficientemente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Corresponder al operador jurídico hacer tal calificación pues en la realidad concreta por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que operan especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían, hay casos idénticos, pero si pueden haber parecidos.

5. El error

La exigencia del error en el tipo de estafa refleja la preocupación político criminal de restringir su ámbito de aplicación. Téngase en cuenta, sin embargo que en el tipo penal objeto de estudio el error tiene un papel autónomo y no sólo de delimitación del engaño³³. Así las cosas, vemos que error implica un conocimiento viciado de la realidad, una falsa representación de la misma, consecuencia del engaño que motiva el acto dispositivo. La norma penal establece que el error debe ser “inducido o mantenido”, lo cual implica que la conducta prohibida se da tanto cuando se induce, como cuando se mantiene el error ya existente en la persona, porque otro lo haya provocado o porque provenga de una mala apreciación de la víctima. Induce a error quien obra para lograrlo, el que persuade o instiga. Mantiene en error quien moviliza recursos para que la víctima no salga del error en el que se encuentra.

El engaño, tal como se desprende de la redacción normativa del artículo 196° del Código Penal, debe provocar un “error” en la persona del sujeto pasivo, a fin de que este proceda a la disposición patrimonial.

³³Ibidem. Pág. 29.

Sin error dice SOLER, no hay estafa, así como no lo hay sin ardid, aun cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido³⁴. Si la víctima, a quien se le pretendió engañar, pero de forma inútil, es plenamente consciente de que el automóvil que va a comprar no vale ese precio y, aun así desembolsa el dinero, no puede ser sujeto pasivo de estafa y, no se consiguió ello, puede dar lugar a una tentativa.

El error es un conocimiento viciado de la realidad, una falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño que motiva el acto dispositivo. Es un vicio en el que incurre el sujeto pasivo, quien adquiere nociones e ideas deformadas sobre una cosa, sobre un proceso cualquiera, de modo que una es la verdad y la otra su apariencia.

Entonces el error, el cual se encuentra sometida el sujeto pasivo, es producto de un engaño, cuando el agente incidió de forma positiva en los juicios que han de valorarse en la esfera decisoria, al haber creado una imagen deformadora de la realidad, configurando una facticidad que no corresponde con la realidad de las cosas.

JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ sostiene que el papel que el error juega dentro del tipo de estafa es doble. De una parte, no solo debe ser consecuencia de un engaño sino que la caracterización típica de éste va depender de su capacidad para producir el error. Pero es que, además, el error debe motivar la disposición patrimonial perjudicial.

La aparición del error, va a determinar si es que el engaño tuvo la suficiente idoneidad, para poder crear una aptitud de lesión para el bien jurídico, puesto que seguidamente debe exteriorizarse la disposición patrimonial, que en definitiva provocará el perjuicio, como resultado inherente al delito de estafa. De esta forma, no cabe duda que el error cumple la función restrictiva de las conductas engañosas típicamente relevantes.

³⁴ SOLER. "Derecho Penal Argentino". Editorial Tea. Edición Primera. Pág. 350.

Podemos definir al “error” como el estado psicológico en que se encuentra la víctima, luego de producido el engaño, desencadenando el acto de disposición patrimonial. Debe tratarse de un estado de certeza y no de una duda, pues ante ésta última, siempre habrá posibilidad de vencer el error.

El error debe derivar directamente de las falsas apariencias presentadas por el sujeto, de modo que provenga de la falsa presentación suscitada y no de la simple inexactitud del juicio fundado en un puro desconocimiento.

La negligencia de la víctima le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra indiferencia.

Dice la tipicidad objetiva que el error puede haber sido provocado (inducido) por el autor o cuando éste lo mantiene en un error ya “preexistente”.

5.1. Modalidad omisiva

La estafa puede configurarse cuando el agente induzca error a la víctima, esto es, cuando incide de forma directa en la psique del sujeto pasivo, para que ésta(engañada), disponga de su patrimonio, mediante astucia, ardid u otras forma fraudulenta, todas aquellas maquinaciones susceptibles de deformar la realidad de forma objetiva, descartándose la simple mentira. Induce en error el que crea en la imaginación del despojado el interés por cualquier resultado aparente favorable, el que lo anima para tratar de obtenerlo; si el inducido es el juez, la tipicidad habrá que reconducirla a la figura de la “estafa procesal”, prevista en el artículo 197° del Código Penal.

La estafa también puede cometerse vía actos concluyentes “omisivos”, de mantener en error a la víctima, cuando exista el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de juicio que eran esenciales y determinantes para adoptar la decisión en un u otro sentido.

Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de “error”, cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo, pero, que éste debe esclarecer mediante actos positivos. Se configura cuando sabiendo el agente que

una persona tiene una falsa representación de la realidad, realiza algún acto fraudulento con capacidad suficiente para hacer que aquella no salga de su error y de ese modo se desprenda de su patrimonio, señala SALINAS SICCHA que se exige que el agente con su actuar engañoso determine la continuación de la falsa representación de la realidad³⁵.

Otro ejemplo: Para la obtención de ciertas pensiones se debe cumplir con ciertos requisitos, las pensiones de viudez solo han de permanecer, mientras la viuda no se vuelva a casar, por lo que si esto sucede está en la obligación de dar conocimiento a la entidad estatal competente y, si no lo hace, siempre que esté actuando con dolo, estará incurso en el delito de estafa.

También el caso de quien ¿Quien dejó de trabajar en una institución, por diversos motivos, y no da aviso de esto a recursos humanos, por lo que sigue recibiendo un sueldo mensualmente también incurrirá en este delito, siempre y cuando estuviese en la obligación de comunicarlo, pero si este hecho obedeció a errores propios del sistema o del personal a cargo, no pudo decirse que sea una estafa. Cuando el dinero ingresa por error a la cuenta corriente de una persona, se dará el tipo penal prevista en el artículo 192° del Código Penal.

Para que el silencio sea capaz de producir error o inducir al acto de disposición debe manifestarle como concluyente, afirma JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone.³⁶

Se debe fijar claramente las zonas de intersección entre los vicios de la voluntad que pueden darse en el derecho privado, en cuanto a los vicios de voluntad, según lo dispuesto en el artículo 201° del Código Civil que: *“El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencia y conocible por la otra parte”*, el cual debe ser entendido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202(infine) del Código Civil. Son determinados aspectos que recaen en el aspecto

³⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. Págs.279-280.

³⁶ VALLE MUÑIZ, José Manuel. Op. Cit. Pág. 178.

de fondo del acto jurídico, que son sancionados con nulidad. No solo la acción dolosa, produce efectos jurídicos, sino también la omisión intencional, según se contrae del artículo 212° del Código Civil.

Debemos partir de criterios de objetividad, en el cual se trate de inferir la infracción de ciertos deberes que de forma concluyente hayan incidido en la suscripción del negocio jurídico, unido al dolo criminal.

La admisión de la modalidad omisiva no es pacífica por la doctrina, por lo que se postula su incidencia en grado reducido. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ señala que la omisión solo será típica si el omitente tuviera un deber especial de eliminar el error en que incurre el otro por inactividad de aquél. Ello sucederá solo en casos excepcionales, dado que la creación de deberes de garante debe ser muy restringida en este ámbito, puesto que la protección del bien jurídico patrimonio, no permite fundamentar, desde la perspectiva del principio de intervención mínima, posiciones de garante con la misma amplitud que la protección de la vida³⁷.

6. Disposición patrimonial

Siguiendo la secuencia de los elementos que de forma conjunta describen la tipicidad objetiva del delito de estafa, tras el error que se genera en la psique del sujeto activo debe aparecer el “acto de disposición patrimonial” por parte de la propia víctima. A diferencia del delito de hurto, donde el agente se hace del objeto mediante un acción típica de sustracción. En efecto, en la estafa debe existir un acto voluntario, aunque con vicio del consentimiento a causa del engaño y el error.

Lo que importa es que el objeto material del delito ingrese de forma efectiva a la esfera de custodia del agente.

Puede ser un simple hecho, por ejemplo, realizar sin la debida compensación un trabajo pecuniariamente valioso; o puede ser un acto jurídico de transferencia de la propiedad o de renuncia a ella.

³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Compendio de Derecho Penal-.Parte Especial”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Edición: Primera. Pág. 280.

El acto de disposición patrimonial no tiene que venir revestido con las propiedades que se disponen en el derecho civil, en cuanto a la configuración del acto jurídico o a la validez del contrato, en lo que se refiere a las formalidades esenciales. Lo que importa es los hechos en si actos y omisiones, la idoneidad del acto para provocar el desplazamiento dinerario.

El acto de disposición penalmente relevante debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero.

Comete estafa quien logra, mediante engaño bastante e idóneo obtener un servicio médico con el ánimo de no pagar. El servicio del médico es un acto de disposición patrimonial, porque implica la realización de un comportamiento con valor económico. Engañado y disponente han de ser la misma persona (“error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición”), pero pueden ser distintos el engañado y el perjudicado.

Para configurar el delito, la víctima, a consecuencia del error, realiza una disposición patrimonial. Por acto de disposición patrimonial hay que entender toda acción y omisión que implique un desplazamiento patrimonial. Este desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación del bien, derecho o servicio que se trate.

En base a la relación de causalidad que se exige en este delito, para que el acto de disposición tenga relevancia típica, ha de ser inducido por el error causado por el engaño. La disposición patrimonial es lo esencial en la estafa, lo que diferencia de los delitos de apoderamiento, dado que el sujeto pasivo voluntariamente entrega el bien al sujeto activo, aunque con voluntad viciada.

7. Perjuicio

La disposición patrimonial tiene que producir un perjuicio estimable económicamente, pues es un delito contra el patrimonio. No existe estafa sin perjuicio. Así se entiende por éste, el daño real (disminución del patrimonio) que padece el engañado o un tercero, a consecuencia de la disposición patrimonial,

merced al error de que es objeto entre lo que se atribuye a otro (generalmente el autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que eventualmente, se recibe de éste como contraprestación.

Lo que protege la estafa genérica es el patrimonio. A partir de una consideración global hemos de convenir que el “perjuicio” debe significar una merma del acervo patrimonial del sujeto pasivo, una lesión a sus activos, bienes o derechos, desde una comparación ex ante; de tal manera, que dicho perjuicio debe ser susceptible de ser cuantificado económicamente, importante a efectos, de que el juzgador pueda fijar un monto por concepto de reparación civil, proporcional a los efectos perjudiciales de la conducta penalmente antijurídica.

Quien sufre el engaño, sobre quien recae el error, debe ser necesariamente el disponente del patrimonio, pero quien sufre el perjuicio puede que no sea la misma persona quién sufrió el error. El administrador de una tienda, quien efectuó el desplazamiento del dinero en el marco de un contrato, siendo objeto de un engaño, es el sujeto pasivo del error, mas el sujeto perjudicado es el dueño del patrimonio.

Lo importante es la relación de consecuente a antecedente entre el perjuicio y la disposición patrimonial, de modo que si el perjuicio se produce por motivaciones propias del sujeto, aunque haya engaño, error y disposición patrimonial no hay estafa. Tal es el caso de quien se hace pasar por entendido en carrera de caballos y da un falso dato, que otro al escuchar sigue, no comete estafa desde el punto de vista objetivo sin entrar a analizar el aspecto subjetivo.

El perjuicio como elemento típico de la estafa estriba, pues, en la diferencia de valor entre lo que se le atribuye al autor, a merced al acto de disposición y lo que la víctima recibe a cambio.

La concepción personal de patrimonio, en virtud de la cual se postula que el objeto de tutela son las legítimas expectativas del titular del bien, conforme al uso o empleo que éste persiga. El perjuicio no habríamos de estimarlo económicamente, sino de acuerdo a las expectativas frustradas de su titular, pues pese a haber recibido un bien u otras características, pero de igual valor económico, tendría que reputarse su configuración típica.

La compensación económica elimina, por tanto, la posibilidad de verificar el perjuicio. No hay compensación en el simple nacimiento de un derecho (derecho a recuperar la cosa) correlativo al perjuicio sufrido, ya que es menos tener un derecho a la cosa que tener la propia cosa (minus est actionem habere quam rem).

No pueden ser tomados como perjuicios, el desgaste que se produce como consecuencia del uso del bien, mas aún si aquello no viene precedido por engaño alguno.

El patrimonio (tutelado) que puede verse configurado, como repercusión de la conducta típica, puede verificarse también en aquel que obtuvo su posición de forma antijurídica.

El perjuicio debe acaecer de forma inmediata como consecuencia directa de la disposición patrimonial; pues éste si aparece mucho tiempo después, podría resultar que no sea consecuencia del supuesto error en que se incurrió el sujeto pasivo, sino de un factor sobreviniente.

D. 2. Tipicidad subjetiva

La Estafa solo resulta punible a título de dolo, esto es conciencia y voluntad de realización típica. El autor debe dirigir su conducta mediante ardid, fraude o engaño dando una apariencia ficticia a un hecho que no corresponde con la realidad de las cosas, basta con la conciencia del riesgo típico.

La conciencia exige el dolo, supone que el autor sabe que está actuando con fraude, lo que no puede decirse en el caso, de la manutención del error, cuando no exista deber jurídico alguno de que el agente comunique cierta información al sujeto pasivo.

El autor, en su condición fraudulenta, pretende obtener un provecho ilícito para sí o para otro; provecho que puede afirmar con la mera apropiación del objeto, pues ya le da la posibilidad realizar actos de disposición.

La doctrina señala la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente: el lucro. El lucro en la estafa, al igual que en los delitos de apoderamiento, es un elemento intencional dirigido a una finalidad ajena al

D.3. Tentativa y Consumación

Al ser un delito de resultado y de actos sucesivos es factible que la conducta del agente se quede en grado de tentativa. Si el agente con su conducta aún no ha llegado a obtener el provecho económico indebido que persigue y es descubierto, estaremos ante supuestos de tentativa. Hay tentativa cuando, por ejemplo, el agente después de haber provocado el error en su víctima por algún acto fraudulento, se dispone a recibir los bienes de parte de aquél y es puesto al descubierto su actuar ilegal. O también, cuando después de haber recibido los bienes de parte de su víctima es detectado cuando aún no había tenido oportunidad de disponer del bien, y de ese modo, de obtener provecho económico.

El delito de estafa se perfecciona o consume en el mismo momento en el que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consume una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios, recibido de parte de su víctima. El incremento patrimonial puede traducirse en la posesión de los bienes o por el producto de los mismos al ser dispuestos.

En la estructura del tipo penal del artículo 196° del Código Penal, la frase: “el que procura para sí o para otro un provecho ilícito”, debe ser entendida en el sentido que el delito se perfecciona cuando realmente el agente ha logrado su objetivo último, esto es obtener el provecho indebido. Si no logra tal objetivo, habrá estafa, pero en grado de tentativa.

ROY FREYRE sostiene: “que el perfeccionamiento del delito de estafa, en nuestra legislación, acontece en el momento que se obtiene el provecho indebido”.

Por otro lado, BRAMONT ARIAS TORRES, GARCÍA CANTIZANO Y VILLA STEIN sostienen que: “el delito de estafa se consume cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima, y no así, cuando el agente obtiene el provecho ilícito”³⁸.

Por su parte, PEÑA CABRERA sostiene que: “el delito de estafa se consume en el momento en que el sujeto pasivo por error realiza el acto de

³⁸ BRAMONT ARIAS. Torres/García Cantizano-1997. “Manuel de Derecho Penal”. Editorial Idemsa. Edición Primera. Pág. 355.

disposición patrimonial perjudicial y el autor obtiene, de ese modo, la disposición del bien ajeno”.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado que: “el delito de estafa se entiende consumado cuando el sujeto pasivo, al ser inducido o mantenido en error por el sujeto activo realiza el acto patrimonial que provoca el daño en el patrimonio, esto es, se consume a partir del cual el desvalor del resultado adquiere su plenitud”³⁹.

A continuación se desarrolla lo referido al incumplimiento de contrato, principalmente en el desarrollo del contrato

D. Antijuricidad

La conducta típica y subjetivamente será antijurídica cuando no concurra alguna causa de justificación. Habrá antijuricidad cuando el agente con su conducta obtenga un beneficio patrimonial que no le corresponde. Si por el contrario, se llega a la conclusión de que el autor obtuvo un beneficio patrimonial debido a que le correspondía, la conducta no será antijurídica, sino permitida por el derecho. Esto ocurrirá, por ejemplo, con aquella persona que haciendo uso del engaño hace caer en error a una persona que se resiste a cancelarle por los servicios prestados, logrando de ese modo que esta se desprenda de determinada suma de dinero y le haga entrega. Sin duda, aquí se ha obtenido un provecho económico, pero debido o lícito.

E. Culpabilidad

Una vez se ha determinado que la conducta es típica y antijurídica, corresponderá verificar si el actor es imputable, es decir, si se le puede ser atribuida penalmente la conducta desarrollada. También se verificará si el agente tuvo oportunidad de conducirse de acuerdo a ley y no cometer el delito y, finalmente, se comprobará y se verificará si aquel, al momento de actuar tenía

³⁹ R. N. N° 3344-2003-Ayacucho-En: San Martín, Castro, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, Págs. 498-499.

pleno conocimiento de la antijuricidad de su conducta. Es decir, si sabía que su conducta estaba prohibida. Si, por el contrario, se verifica que el agente actuó en la creencia errónea que tenía derecho al bien o a la prestación atribuida mediante el acto de disposición, se excluirá la culpabilidad, toda vez que es perfectamente posible que se presente la figura del error de prohibición, situación que será resuelta de acuerdo al segundo párrafo, del artículo 14 del Código Penal.

F. Jurisprudencia

La Jurisprudencia Nacional, en relación al bien jurídico considera que “ En los delitos de Estafa, el bien jurídico protegido es el patrimonio, concretamente la facultad de disposición que tiene una persona sobre un bien, derecho o cualquier otro objeto jurídicamente protegido y de importancia económica”⁴⁰. Que, en cuanto a la conducta sancionada por la norma se tiene que ésta consiste en que el sujeto activo, haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induzca o mantiene en error al sujeto pasivo, de forma tal que procure un beneficio ilícito para sí o para un tercero, esto, exige de una conducta engañosa que haya determinado, en el agraviado, a que traslade su patrimonio al del estafador, procurándose este último un provecho ilícito.

Asimismo la Corte Suprema en la ejecutoria del 14 de setiembre de 2004, establece que “El delito de estafa es un delito de resultado y de consumación instantánea. Este delito se consuma cuando el sujeto pasivo, al ser inducido o mantenido o mantenido en error por el sujeto activo, realiza el acto de disposición patrimonial que provoca el daño en el patrimonio, esto es, se consuma con el perjuicio a partir del cual el desvalor del resultado adquiere plenitud”⁴¹

Requiriéndose en cuanto a su aspecto objetivo, lo siguiente “Los elementos del delito de estafa en cuanto a su aspecto objetivo son: engaño, error, disposición patrimonial y el perjuicio económico, entre los que ha de existir una relación de

⁴⁰ Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 01 de junio de 1998, Expediente N° 6597-98. Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, Jurisprudencia penal procesos sumarios. Gaceta Jurídica. Lima 199. Pág. 301.

⁴¹ Recurso de Nulidad N° 3344-2003- Ayacucho. Op. Cit. Págs. 498-499.

antecedente a consecuente (...)"⁴². Con respecto al error, se determina que "El error como elementos del tipo penal de estafa, juega un doble papel; primero, debe ser consecuencia del engaño; segundo, debe motivar la disposición patrimonial perjudicial; lo que permitirá de negar la imputación objetiva del resultado directamente provocado por la disposición patrimonial, si es que el error, lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto"

En el plano del tipo subjetivo del presente delito, se exige la presencia de dolo esto es consecuencia y voluntad de realizar dicha conducta delictiva, asimismo se exige el elemento subjetivo del ánimo de lucro, es decir la intención de obtener una ventaja o beneficio patrimonial, no siendo necesario que el beneficio del agente se logre, siendo suficiente que se ocasione un perjuicio patrimonial en el agraviado. Así las cosas, el Tribunal Constitucional de conformidad con el presente delito de estafa, se ha expresado indicando que " Al respecto, no puede interpretarse que los alcances y efectos de la existencia de una obligación dineraria, nacida de un contrato, y con concurrencia de ciertos elementos, tales como objeto lícito, causa lícita, capacidad y consentimiento, resulten igualmente aplicables a la figura penal de la estafa, la cual excluye la mera existencia de una relación jurídica contractual, para englobar otros elementos, tales como el subjetivo, plasmado en la existencia de la inducción y de un daño"⁴³

4. Incumplimiento Contractual

A. Introducción

La palabra contrato proviene de Latín "*Contractus*" derivado de "*Contrahere*" que significa concertar, lograr. Es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear vínculos de obligaciones.

⁴² Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 1360-1998. En diálogos con la Jurisprudencia. Año 10, N° 70. Lima Gaceta Jurídica. Julio 2004. Pág. 272.

⁴³ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 14 de setiembre de 1998, Expediente N° 2618-1998. Baca. Cabrera/ Rojas Vargas/ Neira Huamán. Jurisprudencia penal procesos sumarios. Gaceta Jurídica. Lima 199. Pág.304.

Gramaticalmente los contratos pueden definirse como acuerdos o convenios entre personas que se obligan en materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

Ahora bien el diccionario de la lengua española define al contrato como: “acto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”⁴⁴. *“Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”*

En el Digesto se usa esta acepción refiriéndose a convención y señala que: “Convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos de ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un lugar”⁴⁵.

El Código Civil, define el contrato en el artículo 1351, expresando: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien define el contrato como: “El acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”⁴⁶.

La doctrina contemporánea parte de la premisa que el contrato se extiende a todo el Derecho obligacional, y que, por consiguiente, no sólo crea obligaciones, sino que también las regula, modifica o extingue”.

B. Contrato

Es la manifestación de la voluntad jurídica de dos o más partes, que crea, modifica o extingue una relación jurídica patrimonial. El artículo 1351° de nuestro Código Civil de 1984, considera que el consentimiento de las partes es crear,

⁴⁴ Real Academia de la Lengua Española. Consulta: 25 de febrero 2018.
<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AdXPxYJ>

⁴⁵ MIRANDA CANALES, Manuel. “Derecho de Los Contratos”. Editorial Ediciones Jurídicas. Edición Segunda- 2006. Pág. 45.

⁴⁶ Ibídem, Pág. 46

regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Tiene por objeto los bienes, intereses, provechos que son el objeto del acto jurídico, que para obtenerlos puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Esto es que el objeto del contrato no es crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sino que el objeto del contrato son los beneficios que pueden obtener las partes. La voluntad coincidente puede crear, modificar o extinguir derechos.

Es importante considerar, por ejemplo el Código Civil italiano en su artículo 1321° estima al contrato como: “el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”. Es decir que considera que la manifestación de la voluntad está destinada a crear modificar o extinguir derechos, sin comprender que el objeto del contrato no es transformar la fenomenología del derecho(crear, modificar, o extinguir, derechos), sino los bienes, intereses, provechos o ventajas, después de todo, el contrato no es sino un acto jurídico bilateral.

Por otro lado, el Código Francés en el artículo 1101° señala: “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan ante otra o varias más, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa”.

Como se ve el código francés es más acorde con la realidad, no pretende que el contrato busque o tenga por objeto crear, modificar o extinguir derechos, sino mas bien una prestación de dar, hacer o no hacer. Pero estima la convención como sinónimo de contrato. MAYNZ decía que el derecho no se ocupaba de las convenciones, sino solamente cuando ellas eran actos jurídicos.

Los artículos 1351° y 140° de nuestro Código Civil en su redacción obedece al mismo criterio que ambas son declaraciones de voluntad que crean, regulan, modifican o extinguen una relación jurídica, que es indefinida en el caso del acto jurídico y patrimonial en el caso de los contratos. De donde resulta que despojando la definición de contrato de su carácter patrimonial, se tiene la definición del acto jurídico. Pero el acto jurídico, no es la declaración de voluntad, ni su propósito es crear una relación jurídica. El acto jurídico es un hecho,

resultante de la manifestación de la voluntad y su efecto recae en el Derecho, no solamente en la relación jurídica.

Para justificar la definición del artículo 1351° de nuestro Código Civil se ha dicho que esa definición corresponde a las más modernas concepciones, según las cuales el contrato o tiene un contenido jurídico patrimonial o se resuelve siempre en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como si la indemnización de los daños no fuese patrimonial.

C. El valor patrimonial del contrato

Todo acto jurídico tiene siempre un contenido patrimonial, sea directamente o indirectamente. Así como la compraventa determina el cambio de valores de los patrimonios de las partes y tiene entonces un contenido directamente patrimonial, la frustración del matrimonio (que también es un acto jurídico) puede dar lugar a la indemnización por el daño moral, lo que le convierte en acto jurídico indirectamente patrimonial.

Los contratos son aquellas declaraciones de voluntad directamente patrimoniales, tendrán directamente un valor económico. La relación jurídica patrimonial es aquella que tiene un contenido económico directo.

Consiguientemente serán solamente aquellas declaraciones de voluntad que persigan un fin económico directo. La donación, incluida por nuestro Código Civil entre los contratos, no será un verdadero contrato, puesto que es un acto jurídico unilateral, es decir que contiene una sola declaración de voluntad y, por tanto, no hay cambio de valores económicos.

En ese sentido el tratadista CARLOS FERDINAND CUADROS VILLENA citando a ANGEL GUSTAVO CORNEJO define al contrato como *“la declaración de voluntad formulada por dos o más personas, mediante la cual se prometen, permiten o mandan las prestaciones que han de consumir el intercambio de valores de sus patrimonios respectivos, quedando sujetos los declarantes a los*

efectos que el derecho atribuye a la declaración de voluntad, en cuanto los considera como efectos queridos por las partes y conforme al interés colectivo”.⁴⁷

D. Incumplimiento de contrato

El incumplimiento de una obligación corresponde a la no realización de la prestación debida por parte del deudor al acreedor, y tal incumplimiento puede prestarse en los siguientes casos:

- La prestación debida no es realizada en absoluto por el deudor (inejecución de las obligaciones)
- La prestación debida es realizada incompletamente o en forma defectuosa.
- La prestación debida es realizada fuera del tiempo originariamente acordado (teoría de la mora)

En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y en cada caso, exigir el resarcimiento de los daños.

La resolución es un derecho potestativo que el acreedor puede o no ejercitar en función de su interés; la condición resolutoria es un hecho que por su sola verificación determina la cesación automática de los efectos del contrato.

a. Vicios de la voluntad

Existe voluntad jurídica cuando concurren los requisitos internos: discernimiento, intención y libertad, y el requisito externo: la declaración o manifestación. Como el acto o negocio jurídico es manifestación de voluntad, ésta debe estar sanamente formal, libre de error o dolo que afecte la intención, de violencia o intimidación que afecte la libertad.

El error, dolo, la violencia y la intimidación son los tradicionalmente denominados vicios de la voluntad que perjudican las condiciones subjetivas para

⁴⁷ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. “Derecho de Contratos”. Editorial Feca. Edición 1997. Pág.14.

un correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, impidiendo que el sujeto actúe de manera coherente con sus intereses, por alteración del procedimiento de valoración y toma de decisión, por lo que afecta la validez del acto jurídico en la modalidad de anulabilidad. El acto jurídico anulable por estos vicios es provisionalmente eficaz, mientras no se declare judicialmente su nulidad.

Los vicios de la voluntad, al igual que la incapacidad de ejercicio, alteran el desarrollo normal del proceso de valoración y toma de decisión del sujeto para celebrar un acto jurídico, lo que impide el ejercicio racional y razonable de su autonomía privada que le permita comportarse de acuerdo a sus intereses, de ahí su conveniencia de liberarse de la relación jurídica no deseada.

Un sector de la doctrina se refiere a los “vicios de la voluntad”, con la expresión “vicio del consentimiento”. En la base de los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales está el consentimiento que es la confluencia de las voluntades singulares de los que celebra el acto. También se entiende por consentimiento a la voluntad de una de las partes dirigidas de acuerdo con la otra parte.

Los vicios de la voluntad no afectan al consentimiento como acuerdo, sino a la voluntad de una de las partes otorgantes, razón por la cual la nulidad de un acto anulable se pronunciará a petición de la parte afectada por el vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación (arts. 221° y 223° del Código Civil). Por consiguiente, la expresión correcta es “vicio de la voluntad” y no “vicio del consentimiento”.

a.1. El Dolo

La palabra dolo (del latín *dolus* o del griego *doloa*), en su apreciación general, válida para el Derecho Civil y Penal, significa la preordenación de un comportamiento en daño de alguien.

Asimismo tiene varias acepciones. En materia penal, el dolo consiste en la conciencia de la criminalidad del acto u omisión previsto y sancionado por la ley como delito.

En Derecho Civil la palabra dolo tiene tres acepciones:

- a) Como elemento del incumplimiento de obligaciones: El Dolo es la intención deliberada de inejecución de la prestación debida (art. 1318° del Código Civil). Es la conciencia y voluntad del deudor, autor del ilícito, de dañar al acreedor; genera la responsabilidad civil contractual (art. 1321° del Código Civil). Aquí el dolo coincide con la mala fe, para cuya existencia no se precisa la intención de dañar (como sucede en el Derecho Penal), bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor; debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, son consecuencia necesaria de la acción u omisión del deudor que no ejecuta su prestación.
- b) Como factor de atribución de responsabilidad civil extracontractual por acto ilícito. El dolo es la conciencia y voluntad de causar un daño; en tal sentido se opone a la “culpa” que designa al actuar negligente del agente que causa un daño (art. 1969° del Código Civil).
- c) El dolo como vicio de la voluntad significa engaño. El engaño que induce a la otra parte a celebrar el acto jurídico, en ausencia de la cual la víctima no lo habría celebrado.

5. Estafa Contractual⁴⁸

No es infrecuente que aquello que empezó como una relación comercial termine por criminalizarse luego del incumplimiento de una de las partes contratantes. En la práctica, lamentablemente, no es inusual el recurso al derecho penal como mecanismo de presión para mejorar una posición negociadora débil y generar transacciones extrajudiciales que pongan fin a controversias comerciales. ¿Cuándo nos encontramos ante un genuino delito de estafa y cuándo frente a un montaje de lo que en rigor no es sino un puro y simple incumplimiento contractual? ¿Por qué si la diferencia entre una y otra situación es clara, la criminalización de una relación comercial puede resultar rentable?

⁴⁸ <https://es.scribd.com/document/36176119/Estafa-Contractual-y-criminalizacion-de-controversias-comerciales>

El delito de estafa, tipificado en el artículo 196° del Código Penal, se configura con la concurrencia secuencial de los siguientes elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial.

La configuración del tipo penal de estafa exige que estos cuatro elementos objetivos acaezcan en el orden establecido, y se encuentren unidos entre sí por un nexo causal de antecedente a consecuente. Por su parte, el elemento subjetivo del tipo está dado por el dolo del autor, consistente en el conocimiento que posee sobre el carácter fraudulento de su comportamiento, esto es, que la información proporcionada es inveraz o que la información conscientemente omitida es esencial para la formación de la voluntad negocial.

El fundamento del injusto típico de la estafa –la razón por la cual se criminaliza este comportamiento no es otro que el constituir una lesión a la libertad de disposición patrimonial que detentan los ciudadanos y las empresas, en tanto legítimos administradores de un ámbito de organización patrimonial. El engaño típico de la estafa consiste en la infracción de deberes de veracidad por parte del autor, que anulan o bloquean el libre consentimiento del administrador del patrimonio perjudicado. El fraude bien puede consistir en el suministro de información falsa o en el ocultamiento de información relevante para la toma de decisión del titular o administrador del patrimonio.

En la estafa contractual, que debe su nombre a la particular manifestación del engaño típico en un «contrato criminalizado», el engaño se caracteriza por el quebrantamiento de los deberes de declaración e información que les son impuestos a las partes de un negocio jurídico, y que se derivan del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 1362° del Código Civil, según el cual «los contratos se rigen por las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Desde esta perspectiva, según la cual los deberes jurídico-privados de declaración e información vienen impuestos por la posición de garantía que la parte contratante ostenta frente a su contraparte, se considera como engaño típico de la estafa tanto las inveracidades positivas (suministrar

información falsa) como la ausencia de manifestación (inveracidad por ocultar información que debía proporcionarse).

El modelo de la estafa contractual debe diferenciarse del mero incumplimiento sobreviniente a la suscripción de un negocio jurídico, que como es sabido es siempre impune. En efecto, la estafa contractual se caracteriza porque el autor *ab initio* es consciente de la imposibilidad material de cumplir los compromisos consignados en el negocio jurídico suscrito, y pese a ello induce o mantiene en error a la víctima. La doctrina señala que el dolo antecedente que caracteriza a la estafa contractual.

En esta línea, la doctrina jurisprudencial de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español ha destacado que: “Los principios de lealtad y buena fe que deben presidir las relaciones contractuales obligan a las partes a exteriorizar y mostrar todas las circunstancias que confluyen sobre el objeto del contrato y las personas de los contratantes. Cualquier omisión de las cargas o gravámenes de la cosa que va a constituir el objeto sobre el que ha de versar el consentimiento o la ocultación de las circunstancias personales de uno de los contratantes sobre su solvencia económica o sobre la capacidad o posibilidades reales de cumplir con la prestación de la voluntad, son elementos sustanciales que determinan la prestación de la voluntad o consentimiento necesario para llevar a cabo el contrato. El engaño puede ser activo o positivo, realizando una convincente exposición de ventajas inexistentes o puede ser omisivo, ocultando o sustrayendo datos que si el otro contratante hubiera conocido le harían desistir de su voluntad de contratar”⁴⁹.

Admitir la prueba del dolo *ab initio* no es sencilla, debiéndose contar con evidencia suficiente a partir de la cual inferir que al momento de la celebración del negocio existía una situación que objetivamente impedía cumplir la obligación asumida, y que dicha situación era conocida por la parte que la asumió y que fue ocultada a la contraparte, la cual no tenía el deber de conocerla.

⁴⁹Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 31 de diciembre de 1996, ponente Martín Pallín.

Si la dogmática penal ofrece criterios claros a partir de los cuales diferenciar un mero incumplimiento contractual de una estafa contractual, la práctica del Ministerio Público, sería más fácil al admitir a trámite de investigación toda denuncia. Son pocos los casos en los que el Ministerio Público admite las denuncias por delito de estafa contractual.

6. Conclusión

A modo de conclusión nuestro Código Penal, la Doctrina y la Jurisprudencia Penal Peruana señala que el Delito de Estafa se configura por la concurrencia secuencial de los siguientes elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio a la víctima, una forma de Estafa en el presente trabajo de investigación es la denominada Estafa Contractual la cual se caracteriza porque el elemento objetivo del tipo base del Delito de Estafa, el “engaño” adquiere la forma de contrato, ello quiere decir que la Estafa Contractual supone la existencia de un contrato escrito y se caracteriza porque el autor es consciente de la imposibilidad material de cumplir con los compromisos consignados en el contrato suscrito, ante ello y con conocimiento que se expondrá a una denuncia penal, buscará sostener que solo está incumpliendo a lo pactado en el contrato y que no ha cometido ningún delito, y con ello viene nuestro problema ¿Cómo diferenciar la Estafa mediante el uso de un contrato escrito de un Incumplimiento Contractual derivado de un ilícito civil?

En el mismo sentido que entendemos por incumplimiento contractual es el conjunto de consecuencias jurídicas que la ley le asigna a las obligaciones derivadas de un contratos, en relación a ello un contrato se caracteriza por el principio de la buena fe contractual consagrado en el artículo 1362° del Código Civil señala que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*, desde esta perspectiva, existe la posición de garantía que la parte contratante ostenta frente a su contraparte.

Ahora bien si uno de los contratantes antes o al momento de suscribir el contrato suministra información falsa y oculta información que debería proporcionarse, y como consecuencia de ello existe disposición patrimonial y perjuicio a una de las partes, se considera como engaño que ha producido efectos defraudatorios. lo que es propio de un “contrato criminalizado”.

CAPITULO III

CONTRATOS CRIMINALIZADOS

CONTRATOS CRIMINALIZADOS

1. Concepto

La crisis económica está propiciando que los delitos de estafa estén proliferando y se compruebe un importante repunte en este tipo de hechos. Así, los perjudicados están recurriendo a la vía penal en estos casos con la interposición de querellas contra los autores de estos "incumplimientos". No obstante, se está alegando en la mayoría de los casos como mecanismo defensivo que la conducta de la que se les acusa no constituye un ilícito penal, sino que se trata de un mero incumplimiento civil a dilucidar ante la jurisdicción civil, que no la penal. Nótese que en estos supuestos a los perjudicados les interesa iniciar la acción penal por cuanto a los que han incumplido el contrato les supone una mayor sanción la posible respuesta penal que el Estado prevé en estos casos por la vía penal, ya que la "amenaza" de una pena privativa de libertad tras un juicio oral es más "eficaz" que una condena civil que en el caso de insolvencia del condenado ningún daño personal le puede suponer. Por ello, planteamos cuáles son las condiciones diferenciadoras para entender que el incumplimiento de una parte es un contrato civil criminalizado y debe acudir para su resolución a la vía penal, o se trata de un incumplimiento que debe dilucidarse en la vía civil.

Es esencial el carácter preexistente de la intención de engañar sobre la celebración del negocio jurídico de que se trata, aunque también cabe que lo fuere concurrente (mucho más difícil de acreditar) pero lo más complejo y problemático es atender al requisito de la suficiencia del engaño, donde poco a poco se va abriendo camino un elemento subjetivo, en atención a la debilidad del sujeto engañado, puesto que si bien cabe entender como engaño bastante el que sirva para defraudar a un ciudadano medio con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, el estafador puede haber elegido a sus víctimas debido

precisamente a su endeble personalidad y cultura (STS de 11.7.2000 -EDJ 2000/21772-).

Cabrá acudir a la vía penal cuando se den los requisitos anteriores en el engaño: generalmente preexistente (puede serlo concurrente) al acto que sea suficiente en los términos examinados, y que dé lugar al desplazamiento patrimonial. En otro caso habrá que acudir a la vía civil.

La estafa, en los supuestos de los llamados negocios jurídicos criminalizados, tiene lugar en aquellos casos donde el autor simula un propósito serio de contratar, cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, vulnerándose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

En el incumplimiento de una obligación contractual constitutivo de un ilícito civil, el dolo, referido al conocimiento y voluntad de incumplir, aparece con posterioridad al acto de disposición, por lo que no puede apreciarse la existencia de un engaño que hubiera causado el error determinante de aquel. En este caso, quien contrae una obligación se encuentra en una situación en la que podría hacerle frente o bien dispone de razones para pensar que podrá hacerlo al tiempo del cumplimiento, siempre desde un análisis racional, por lo que el incumplimiento de lo acordado solo podría dar lugar a la correspondiente reclamación en vía civil.

Cuestión distinta es la existencia de pruebas respecto de la voluntad oculta de no cumplir la obligación propia y beneficiarse del cumplimiento de la ajena.

La intención del sujeto activo del delito es un hecho subjetivo precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencias para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados.

Como dice la STS Sala 2ª de 14 julio 2011 -EDJ 2011/198019- u0022En los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude.

Es el dolo antecedente o in contrahendo el que caracteriza el ilícito penal frente al mero ilícito civil, en modo tal que es la intención inicial de no hacer efectiva la contraprestación o la tenencia de la conciencia de la imposibilidad de cumplirla la que permite tener al contrato como un mero instrumento del fraude. Es decir, es el elemento subjetivo el que marca la frontera entre un ilícito u otro si bien es cierto que serán los aspectos objetivos los que delimitarán la realidad de la intencionalidad, siempre oculta, en el contratante.

La acción penalmente típica no debe ser confundida con el simple incumplimiento de la obligación prometida, pues en este caso el dolo (conocimiento y voluntad de incumplir) aparece con posterioridad al acto de disposición efectuado de contrario, por lo que no puede ser tenido como causante de éste. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe, desde el momento de otorgamiento del contrato, que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe. Cuando el dolo del autor surge con posterioridad, y da lugar al incumplimiento de la obligación, ese dolo subsequensu es de naturaleza civil y no puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa, porque ésta requiere un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el desplazamiento patrimonial generador del perjuicio.

Son negocios criminalizados en los que el ilícito penal aparece caracterizado frente al incumplimiento civil, por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de hacerlo, de modo que el contrato aparente es el instrumento del fraude. El llamado *subsequens*, por el contrario, no constituye vehículo idóneo de criminalización.

2. Características

Los denominados contratos civiles criminalizados se caracterizan, según la jurisprudencia, porque el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude. Así, de acuerdo con la definición dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de España S-20-7-1998 señala que: “son contratos precedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, defina la estafa”. Mas ha de entenderse que ese engaño, simulación artera de una seriedad en los pactos que en realidad no existe, ha de provocar en cadena el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto, pero ha de provocarlo de manera antecedente, no sobrevenida. El Código Civil se refiere al dolo civil como un supuesto de nulidad del consentimiento.

El negocio criminalizado será puerta de la estafa, lo que no es el caso de ahora, cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude a través del cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechanza al patrimonio ajeno.

Sin embargo, este criterio de distinción, por sí solo no es concluyente. En España, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que, junto al dolo en el incumplimiento de las obligaciones que surge para el contratante después del contrato, también contempla el Derecho Civil el dolo antecedente que vicia la voluntad de uno de los contratantes.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, más que delimitar el dolo civil del penal, prescinde del dolo vicio en el ámbito civil afirmando siempre el dolo penal cuando induce el error y consecuentemente la disposición patrimonial.

En algunos casos se atiende a la mayor reprochabilidad de la conducta, aunque sin ofrecer criterios precisos que permitan la concreción de los parámetros para valorar esa mayor reprochabilidad. Como se verá, entre el ilícito civil y el penal en realidad no hay sino una diferencia meramente cuantitativa o de intensidad o gravedad del ataque, en relación, sobre todo, con las posibilidades de autotutela de la víctima. La Sentencia del Tribunal Supremo Español del 17 de diciembre de 1974, reconociendo que el dolo civil podía tener los mismos atributos que el dolo penal se pronunciaba en estos términos: "...debiendo entonces, para diferenciarlos, atrayendo la cuestión al campo público, de atender a la mayor entidad cualitativa del dolo criminal en lo psicológico y ético, a cuyo fin debe hacerse valoración del caso concreto, y circunstanciabilidad personal y material, siempre relativa y modal, y debiendo llevarse al ámbito civil, las cuestiones que resulten meramente dudosas".

La Sentencia del Tribunal Supremo Español del 04 de octubre de 1985 señala que: "Aun cuando la cuestión de la diferenciación entre el dolo civil y el penal viene siendo objeto de un minucioso estudio desde la época de los juristas romanos, los autores modernos todavía no han llegado a una opinión pacífica y unánime; sin embargo, en la práctica no resulta difícil ante un caso de estafa diagnosticar si se halla dentro del Derecho Civil o en el ámbito penal, atendándose a la tipicidad del hecho enjuiciado y a la magnitud y culpabilidad o reprochabilidad de la conducta del inculcado.."

En cualquier caso, la jurisprudencia reconoce que la distinción entre el dolo civil y el penal es meramente circunstancial, obligando en cada caso y supuesto a examinar y ponderar cuidadosamente cuantos factores concurren.

3. Delimitación del engaño típico y el fraude civil en la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera

La difícil labor de delimitación del engaño típico en el Derecho Penal y el fraude civil en el ámbito de relaciones contractuales fue ya puesta de manifiesto por GROIZARD, para quien resultaba imposible una delimitación segura entre ambos ilícitos, remitiendo en definitiva al arbitrio judicial en la apreciación de la intensidad de la gravedad del engaño.⁵⁰ La presencia del criterio de distinción en función de la entidad del engaño, expresa el principio de la protección subsidiaria que compete al Derecho Penal y su carácter fragmentario, con la consecuente limitación de la reacción mediante la pena sólo frente a las conductas más graves.

La jurisprudencia es constante en establecer la delimitación con base en las características del engaño, concluyendo que el dolo penal es antecedente y el dolo civil subsiguiente. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ⁵¹ con razón califica esta distinción de ingenua, pues no tiene en cuenta que el dolo civil puede ser también antecedente en cuanto a las maquinaciones insidiosas que precedan al consentimiento, viciándolo. En ese sentido, que el criterio de distinción “engaño antecedente y subsiguiente” sólo es válido para diferenciar el delito de estafa del incumplimiento contractual doloso (esto es, con dolo no antecedente), cosa bien distinta del dolo vicio del consentimiento o fraude civil.

En efecto el artículo 210° del Código Civil establece el dolo causante señalando que: “El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal sin él que la otra parte no hubiera celebrado el acto”.

En relación con los negocios criminalizados al tratar al engaño como elemento de la estafa y la necesidad de que el mismo sea precedente, parece conveniente volver, siquiera sea brevemente, sobre dicha modalidad de estafa, dada su frecuencia y a fin de perfilar, aún más si se sabe, dicha figura delictiva.

⁵⁰ GROIZARD, Comentarios VII

⁵¹ Valle Muñiz, José Manuel. Op. cit. Pág. 39.

Los negocios jurídicos criminalizados, o simplemente negocios o contratos criminalizados, como una de las variantes del delito de estafa, constituyen ya una figura clásica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Esta variedad del delito, el dolo criminal se manifiesta en el conocimiento que tiene el sujeto activo ante la imposibilidad de hacer frente a los compromisos adquiridos, o bien en la intención o propósito inicial de no responder a los mismos, con independencia de la posibilidad mayor o menor de hacerlo. Es decir, el autor simula un propósito serio cuando, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su inicial y decidida intención de incumplir sus obligaciones contractuales, aprovechándose de este modo de la confianza y buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, induciendo de esta forma los esquemas contractuales para utilizarlos al servicio de un afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da a lugar a la antijuricidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido.

Naturalmente para poder afirmar la existencia del dolo al que acabamos de referirnos, será necesario acudir a un “juicio lógico”, en el que deberían valorarse las circunstancias concurrentes en el momento mismo en el que se lleva a cabo el negocio jurídico de que se trata, así como también las posteriores al mismo, especialmente las que tengan relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Al ocultar el sujeto activo su posterior intención de incumplimiento y simular un propósito serio que no existe, la contratación aparece, en el momento de perfeccionarse, como un actuación normal, quedando después de manifiesto que no fue tal, ya que la conducta ulterior revela ordinariamente por vía de la prueba, no sólo el incumplimiento civil de lo acordado, sino también que no existió ánimo de contratar y sí solo de engañar a la otra parte.

Consecuentemente el engaño, como elemento esencial del delito de estafa surge en esta variedad de delito, según se deduce de lo anteriormente expuesto, cuando el sujeto activo simula un propósito serio de contratar y en realidad lo que pretende es aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que la otra parte se obliga, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose, de este modo, de la confianza y de la buena fe del sujeto pasivo del delito.

En la Jurisprudencia de España en la Sala 2 del Tribunal Supremo ha reconocido numerosas ocasiones: “la existencia de estafa en los llamados negocios jurídicos criminalizados, que se produce cuando una de las partes tiene el propósito de antemano de no cumplir lo asumido por ella beneficiándose, con ánimo de lucro, de la prestación de la otra parte que viene cumpliendo lo pactado, realiza un acto de disposición”.

Asimismo, la modalidad de estafa contractual ha sido reconocida por la Jurisprudencia Peruana en los siguientes términos “Se encuentra plenamente acreditado que los procesados concertadamente y alternando unos y otros obtuvieron diversos créditos en artefactos en agravio de diversas casas comerciales, premeditando no pagarlos; verificándose por lo tanto la comisión del delito de estafa y responsabilidad penal”⁵²

En la estafa denominado “negocio jurídico criminalizado”, el dolo surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar pero, en realidad, solo quiere aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a las que se obliga la otra parte, mostrando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales. La apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone el engaño bastante para producir el error en el otro contratante.

En definitiva, en el ilícito penal de la estafa el sujeto sabe, desde el

⁵²Ejecutoria Superior recaída en el Exp. N° 2769-98, ponente Martínez Maraví. En: Rojas Vargas. Jurisprudencia Penal Comentada, Ejecutorias Supremas y Superiores 1996-1998. Gaceta Jurídica. Lima. 1999. Pág.761.

momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe⁵³.

Así pues el engaño debe reunir las notas de inicial, bastante, idóneo, relevante y causal, ya que esencialmente consiste en la inicial simulación artera de una seriedad en el pacto o negocio jurídico que no existe en la realidad, simulación que teniendo la consideración de “bastante”, atendida la práctica habitual del negocio jurídico de que se trate, provoca el error en el sujeto pasivo, y como consecuencia, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto, de manera antecedente y no sobrevenida.

El engaño, en definitiva, no es más que la apariencia del negocio al simular el agente un propósito contractual que en realidad no existe, ya que lo que en realidad se pretende es inducir a la víctima a la realización de un acto de disposición con la promesa de una contraprestación que no se tiene intención de cumplir.

Respecto de la diferenciación entre los negocios criminalizados y el dolo civil, debemos apreciar que el Código Civil en su artículo 210° señala que el “dolo es causa de anulación del acto jurídico....”

Ya hemos matizado que el dolo civil se caracteriza por ser producto de la astucia, falacia, maquinación o artificio, y tanto puede ser “causante” como “incidental”. Uno determinante de la decisión de otorgar el contrato y el otro referente a las cláusulas de dicho contrato.

Los efectos del dolo civil, para que produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes, obligando el dolo incidental únicamente a aquel que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

En esta línea y a fin de establecer una clara diferenciación entre el dolo civil, que no pasa de tener consecuencias civiles, del dolo que anima al sujeto en los negocios jurídicos criminalizados y que da lugar, como queda dicho, al delito

⁵³ STS de 22 de diciembre de 2004.BDB TS 19.788/2004.

de estafa, se debe tomar en cuenta que el dolo del sujeto en los contratos criminalizados va más allá del dolo civil. Cuando de negocios criminalizados se trata se constituye una "pura ficción" al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío o captorio como medio de acechar el patrimonio ajeno, mientras que, cuando de dolo civil se trata, junto a las maquinaciones insidiosas del contratante permanente una "posibilidad de cumplir lo convenido".

La Línea entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio es la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles. La tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira. Siendo la acción típica cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral.

El engaño "típico" aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. Y engaño "bastante", aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del

fin propuesto, teniendo la maniobra defraudatoria apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia.

El dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe. Así la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del mero incumplimiento contractual.

En definitiva, el engaño consiste en afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado. En múltiples precedentes el engaño típico es la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible, lo que se conoce como "negocio criminalizado", terminología que no es la más recomendable, pues todo negocio jurídico en el que se logra mediante engaño una disposición patrimonial del sujeto pasivo es constitutivo del delito de estafa. Dicho de otra manera la Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

La criminalidad actual desborda las modalidades comunes de estafa como el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, así encontramos dentro de las

conductas ilícitas comunes las llamadas por teléfono a una persona jubilada que le hacen creer que cobrará mucho dinero por sus años de servicio en una empresa, el delincuente que se hace pasar por un policía y avisa por teléfono a una persona que un familiar está detenido, los emails que provienen apócrifamente de algún conocido banco solicitándonos claves de tarjetas, los estafadores que se presentan a una empresa para comprar productos que son pagados a través de un cheque falsificado, que no son de la empresa a la que supuestamente representan, entre otras. El delito de estafa previsto en el artículo 196° del Código Penal peruano, actualmente no sólo subsume actos ilícitos de grupos con fines aviesos sino, hoy son las empresas –creadas para cometer este fin ilícito– los que a través de contratos generan perjuicios económicos manteniendo a sus víctimas en error –que casi siempre son otras empresas afines al rubro o con desarrollo de un similar objeto social, por lo tanto tenga cuidado con la naturaleza comercial que emplea–, pues creyendo que han entablado una relación de negocios segura y hasta prósperas, proliferan obligaciones económicas que luego tendrán como único futuro el incumplimiento, bien porque desde un inicio estas empresas tiene conocimiento que no pueden asumirlas ni la voluntad de cumplirlas o porque intentan que este contrato “criminalizado” sea socialmente visto como un mero incumplimiento que deberá resolverse por la vía civil. Para esto, se valen de intentos de transacción o conciliación que bloqueen el ejercicio de la acción pública del Estado, todo esto en una clara forma de evadir su responsabilidad penal. Sin embargo, no todo incumplimiento de contrato genera responsabilidad penal por el delito de estafa, a continuación indicaremos cuando nos encontramos frente a un contrato criminalizado.

Iniciaremos describiendo que este contrato será el medio empleado por una de las partes –en clara intención de generar una supuesta relación sinalagmática–. Renglón seguido, conviene analizar el propósito de nuestro deudor criminal, este agente desde el inicio de las negociaciones tendrá la intención dolosa de no cumplir con la obligación a las que se está comprometiendo, sin embargo, es importante señalar que este deudor criminal generará suficientes elementos de

convicción de tal forma que la empresa víctima, representada por su gerente general, no dudará en suscribir y ejecutar las prestaciones que deberán entenderse como una disposición patrimonial, cuya finalidad será generar un enriquecimiento. Para configurar este panorama en los supuestos de hecho del artículo 196° resulta muy subsumible si consideramos que desde las negociaciones o la misma celebración del contrato – que en muchas situaciones cumplen con la primera contraprestación y esperan a celebrar un segundo contrato, para ganarse la confianza de su víctima– generan un engaño cualificado suficiente para pasar las vallas de control que todos tenemos –más aun las empresas con sus áreas legales o asesorías externas–. Estos mecanismos diligenciales son dejados de lado si se construye un colchón comercial de confianza, pues así se induce o mantiene en error más fácil a las víctimas. Es muy fácil para el agente lograr su cometido si existe una falsa percepción de la realidad, pues al final será la causa directa de la disposición de patrimonio a favor de éste, lo cual a la larga facilita la impunidad. Otro punto importante de indicar es la consumación del delito de estafa, para llegar a este estadio del iter criminis, deberán aparecer en el panorama contractual en forma concadenada el error fundado en la realidad de la víctima, la disposición patrimonial producto de la prestación realizada por la víctima, el perjuicio económico de esta y el lucro injusto del agente. Sobre la disposición patrimonial, indicaremos que siempre debe ser calculable, puesto que por repercutir en el patrimonio de la víctima, este perjuicio debe ser calculable para conocer el daño. Versus esta situación, se debe evidenciar la intención del animus lucrandi del agente. Por todo lo señalado, cuando nos encontramos frente a un supuesto incumplimiento de contrato y necesitemos una estrategia legal para cobrar la acreencia, debemos hacer una diferencia si nos encausamos en una estrategia civil por dicho incumplimiento contractual o denunciarnos por el delito de estafa. La solución a esta elección la tenemos en la conducta de nuestro deudor, veremos que al final y con gran facilidad, la conducta aparente de este deudor/agente tendrá los siguientes elementos: las intenciones iniciales defraudatorias, la creación de error en la realidad donde sumergió a la víctima para que fácilmente logre la ejecución de la

prestación contractual, la afectación patrimonial y el beneficio injusto de su deudor/agente delictivo.

Si encontramos todos estos elementos típicos, es claro que nos encontramos ante un hecho delictivo, si este es su panorama, tome muchas precauciones para no ser sorprendido nuevamente, por si su deudor intenta convencerlo de renegociar la deuda con la única finalidad de generar más elementos que aparenten una controversia civil y de paso tenga cuidado con las cláusulas de la conciliación o transacción, pues posiblemente una de ellas contenga la renuncia de denunciar el hecho, lo que al final conlleva a renunciar al ejercicio de acción pública que persiga el ilícito penal causado, aunque no está demás decir que el fin de dicha renegociación tendrá el mismo fin inútil.

La criminalidad actual desborda las modalidades comunes de estafa como el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, así encontramos dentro de las conductas ilícitas comunes las llamadas por teléfono a una persona jubilada que le hacen creer que cobrará mucho dinero por sus años de servicio en una empresa, el delincuente que se hace pasar por un policía y avisa por teléfono a una persona que un familiar está detenido, los emails que provienen apócrifamente de algún conocido banco solicitándonos claves de tarjetas, los estafadores que se presentan a una empresa para comprar productos que son pagados a través de un cheque falsificado, que no son de la empresa a la que supuestamente representan, entre otras. El delito de estafa previsto en el artículo 196° del Código Penal peruano, actualmente no sólo subsume actos ilícitos de grupos con fines aviesos sino, hoy son las empresas –creadas para cometer este fin ilícito– los que a través de contratos generan perjuicios económicos manteniendo a sus víctimas en error –que casi siempre son otras empresas afines al rubro o con desarrollo de un similar objeto social, por lo tanto tenga cuidado con la naturaleza comercial que emplea–, pues creyendo que han entablado una relación de negocios segura y hasta prósperas, proliferan obligaciones económicas que luego tendrán como único futuro el incumplimiento, bien porque desde un inicio estas empresas tiene conocimiento que no pueden asumirlas ni la voluntad de cumplirlas o porque

intentan que este contrato “criminalizado” sea socialmente visto como un mero incumplimiento que deberá resolverse por la vía civil. Para esto, se valen de intentos de transacción o conciliación que bloqueen el ejercicio de la acción pública del Estado, todo esto en una clara forma de evadir su responsabilidad penal. Sin embargo, no todo incumplimiento de contrato genera responsabilidad penal por el delito de estafa, a continuación indicaremos cuando nos encontramos frente a un contrato criminalizado. Iniciaremos describiendo que este contrato será el medio empleado por una de las partes –en clara intención de generar una supuesta relación sinalagmática–. Renglón seguido, conviene analizar el propósito de nuestro deudor criminal, este agente desde el inicio de las negociaciones tendrá la intención dolosa de no cumplir con la obligación a las que se está comprometiendo, sin embargo, es importante señalar que este deudor criminal generará suficientes elementos de convicción de tal forma que la empresa víctima, representada por su gerente general, no dudará en suscribir y ejecutar las prestaciones que deberán entenderse como una disposición patrimonial, cuya finalidad será generar un enriquecimiento. Para configurar este panorama en los supuestos de hecho del artículo 196° resulta muy subsumible si consideramos que desde las negociaciones o la misma celebración del contrato – que en muchas situaciones cumplen con la primera contraprestación y esperan a celebrar un segundo contrato, para ganarse la confianza de su víctima– generan un engaño cualificado o suficiente para pasar las vallas de control que todos tenemos –más aun las empresas con sus áreas legales o asesorías externas–. Estos mecanismos diligenciales son dejados de lado si se construye un colchón comercial de confianza, pues así se induce o mantiene en error más fácil a las víctimas. Es muy fácil para el agente lograr su cometido si existe una falsa percepción de la realidad, pues al final será la causa directa de la disposición de patrimonio a favor de éste, lo cual a la larga facilita la impunidad. Otro punto importante de indicar es la consumación del delito de estafa, para llegar a este estadio del iter criminis, deberán aparecer en el panorama contractual en forma concadenada el error fundado en la realidad de la víctima, la disposición patrimonial producto de la prestación realizada por la víctima, el perjuicio

económico de esta y el lucro injusto del agente. Sobre la disposición patrimonial, indicaremos que siempre debe ser calculable, puesto que por repercutir en el patrimonio de la víctima, este perjuicio debe ser calculable para conocer el daño. Versus esta situación, se debe evidenciar la intención del animus lucrandi del agente. Por todo lo señalado, cuando nos encontramos frente a un supuesto incumplimiento de contrato y necesitemos una estrategia legal para cobrar la acreencia, debemos hacer una diferencia si nos encausamos en una estrategia civil por dicho incumplimiento contractual o denunciarnos por el delito de estafa. La solución a esta elección la tenemos en la conducta de nuestro deudor, veremos que al final y con gran facilidad, la conducta aparente de este deudor/agente tendrá los siguientes elementos: las intenciones iniciales defraudatorias, la creación de error en la realidad donde sumergió a la víctima para que fácilmente logre la ejecución de la prestación contractual, la afectación patrimonial y el beneficio injusto de su deudor/agente delictivo.

Si encontramos todos estos elementos típicos, es claro que nos encontramos ante un hecho delictivo, si este es su panorama, tome muchas precauciones para no ser sorprendido nuevamente, por si su deudor intenta convencerlo de renegociar la deuda con la única finalidad de generar más elementos que aparenten una controversia civil y de paso tenga cuidado con las cláusulas de la conciliación o transacción, pues posiblemente una de ellas contenga la renuncia de denunciar el hecho, lo que al final conlleva a renunciar al ejercicio de acción pública que persiga el ilícito penal causado, aunque no está demás decir que el fin de dicha renegociación tendrá el mismo fin inútil.

4. Conclusión

En virtud de lo antes mencionado, concluyo que los contratos criminalizados son aquellos a través de los cuales el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad solo quiere aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones sobre las cuales se obliga su contraparte; oculta a esta su decidida intención de

incumplir sus propias obligaciones contractuales aprovechándose de la confianza y de la buena del agraviado con terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio. En definitiva, el autor despliega actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinde de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno de un negocio jurídico bilateral.

CAPITULO IV

CRITERIO PARA DIFERENCIAR ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

EL ENGAÑO COMO CRITERIO PARA DIFERENCIAR ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1. Introducción

Un incumplimiento contractual trae como efecto principal que los hechos sean materia de un proceso civil, comercial o arbitral; sin embargo, muchas personas acreedoras en una relación contractual acuden a denunciar ante la vía penal como una forma de presión frente a su contraparte, a fin de exigir el cumplimiento de su contraprestación.

Es por ello que el objetivo de esta investigación es proponer un criterio que permita diferenciar entre el delito de estafa cometido mediante los contratos criminalizados del incumplimiento contractual.

Siendo así, la diferencia parte por verificar la concurrencia de los presupuestos típicos del delito de estafa, esto es, debe verificarse necesariamente la presencia de un *ENGAÑO* inicial a la contratación; por ende, el agente se sirve de la contratación para defraudar a su contraparte, pues sólo utiliza el contrato como instrumento para inducir a error a la víctima, por ejemplo, consignando información falsa o simulando una buena posición económica que induzca a error a la víctima, a fin de que asuma iniciar un negocio u actividad comercial con el agente, etc. Es decir, mediante dichos mecanismos busca obtener la disposición patrimonial de la víctima, sin tener la menor intención de cumplir la contraprestación.

La Jurisprudencia nacional ha señalado: *“Que los procesados han satisfecho las tres conductas secuenciales que es el mantener o inducir a error al agraviado, empleando para ello el engaño, astucia u otra forma fraudulenta, debido a que al momento de realizar el contrato los procesados ocultaron al agraviado que el dinero que recibirían de la Mutual de Vivienda del Perú lo destinaron para satisfacer sus anteriores obligaciones, mientras que para este*

*firmes el contrato le prometieron que el mismo sería destinado a capital de trabajo*⁵⁴.

Distinto es el caso que el agente después de contratar con un tercero, decide no cumplir con su contraprestación, caso en el cual no estamos ante la comisión de un delito de estafa, sino ante un incumplimiento contractual.

Esto, necesariamente, llevará al análisis del caso en concreto, a fin de verificar las circunstancias de la contratación, para establecer si se dan los presupuestos exigidos por el tipo penal del delito de Estafa. Así en el Expediente N° 251-1998- LIMA se estimó la inexistencia del Delito de Estafa bajo el siguiente argumento: *“Que si bien de lo actuado se ha establecido que el trato comercial verificado entre el agraviado y el procesado no se ha llegado a concretar al no efectuar el procesado la entrega física del bien; sin embargo, en la celebración del negocio no se evidencia que el agraviado haya sido inducido a error bajo ninguna de las modalidades previstas en el tipo penal específico, ya que la compra que efectuó el agraviado lo realizó bajo el libre consentimiento de su voluntad, y el hecho de que el procesado no entregará el bien, no convierte en ilícito el acto primigenio implicando en sí dicha situación un incumplimiento de obligación del vendedor, acorde a lo establecido en el artículo mil quinientos cuarenta y nueve del Código Civil; que, en tal sentido, es evidente que los hechos carecen de relevancia penal, estando facultado el agraviado de acudir a la vía respectiva a fin de hacer valer su derecho”*.

De otro lado, la contratación puede contener cláusulas que resulten abusivas o perjudiciales a una de las partes. En estos casos, si dichas cláusulas se encuentran expresamente previstas en el contrato no podemos hablar de un delito de estafa, por cuanto no habrá engaño; sin embargo, puede cuestionarse su eficacia, pudiendo resolverse las discrepancias distintas por el abuso de la posición de una de las partes de la contratación, recurriendo a otra vía extrapenal.

⁵⁴ Exp. N° 1347-1997-LIMA- citado en Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 110, Año 13. Gaceta Jurídica, Lima, Noviembre 2007. Pág. 240.

Citado en Diálogo con la Jurisprudencia- Tomo 110, Año 13. Gaceta Jurídica. Lima, Noviembre 2007. Pág. 240.

Con ello se garantiza el principio de mínima intervención del Derecho penal, dejando a otro sector del ordenamiento jurídico la resolución de estos conflictos.

Distinto será el caso en que el contrato se emplee como instrumento para engañar a la víctima, inducir a error y obtener una disposición patrimonial de su parte; o cuando el contrato se utiliza como maniobra fraudulenta, encubriéndose situaciones que generan una afectación patrimonial en la víctima en cuyo caso estaremos frente a un delito de estafa.

En nuestro país ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a este punto controvertido, denominado Estafa Contractual o negocio jurídico criminalizado; habiéndose pronunciado en el R. N. N° 901-2010, en los siguientes términos:

“El contenido de injusto del delito de estafa, normalmente se entrecruza con supuestos de controversias extrapenales como ilícitos civiles, comerciales, administrativos, etc, por lo que existe la necesidad de circunscribir o delimitar debidamente los supuestos que, además de configurar el delito de estafa. Pues estos delitos normalmente se cometen en el ámbito de la celebración y ejecución de ciertos negocios jurídicos, existiendo una zona gris que dificulta determinar cuándo nos encontramos ante un delito y cuando frente a un ilícito de contenido civil. Debiendo precisarse que estos ilícitos extrapenales pueden provocar efectos nocivos en el patrimonio de las personas. Sin embargo, no revisten la dañosidad social necesaria para quedar sujetos a la responsabilidad penal; tales son los casos de incumplimientos dolosos de obligaciones o de la celebración y ejecución dolosas o fraudulentas de determinados negocios jurídicos.

En tal sentido, “resulta en realidad importante, fijar normativamente ciertos criterios de imputación(...) para dejar de lado conductas infractoras solamente al Derecho Privado, a fin de no desbordar el plano de legitimidad del Derecho Penal, en cuanto a sus sujeción a los principios de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, subsidiariedad y de ultima ratio⁵⁵, y debiendo estar atentos a fin

⁵⁵ PEÑA CABRERA FREYRE. Op cit. Pág. 232.

de evitar interpretaciones forzadas y considerar dentro del ámbito de protección del artículo 196° del Código Penal, sólo a conductas que desde un inicio revelan un contenido engañoso o fraudulento; descartando aquellas de escasa dañosidad social que se realizan en el marco de una relación contractual, cuya respuesta jurídica legítima debe provenir únicamente de aquellos ámbitos del Derecho que entrañan menor severidad como el Derecho Civil, Comercial, Administrativo”.

De nuestra parte en líneas precedentes consideramos que el engaño es el criterio que nos permitirá diferenciar en la estafa mediante los contratos criminalizados del cumplimiento contractual.

2. El engaño

A. Concepto

Teniendo en cuenta que el engaño es el elemento principal y la columna vertebral del presente delito, valoramos lo expuesto por el autor nacional Salinas Siccha, quien afirma que: “Teniendo claro los mecanismos que puede utilizar el agente para hacer caer en error a su víctima, corresponde ahora dejar establecido que no se requiere cualquier tipo de engaño, ardid o argucia para estar ante el elemento que exige el delito de estafa. Se requiere lo que los españoles sencillamente denominan “engaño bastante”. Es decir, suficiente e idóneo para producir el error e inducir al sujeto pasivo a desprender de parte o el total de su patrimonio. El operador jurídico al momento de calificarla conducta deberá verificar si el mecanismo fraudulento utilizado por el estafador fue idóneo, relevante y suficiente para propiciar que su víctima caiga o mantenga en error. El acto fraudulento deberá ser lo suficientemente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Corresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en la realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían de uno a otro. No hay casos idénticos, pero sí pueden ser parecidos”

El Código Penal Peruano no define qué se entiende por engaño. Este primer elemento del delito de estafa es probablemente el más complejo de conceptualizar, quizás es por esto que nuestro legislador del siglo XIX lo presenta mediante modelos casuísticos, intentando capturar su contenido mediante casos y fórmulas en la forma punitiva codificada.

En concordancia a ello, la jurisprudencia nacional ha establecido que: “Debe entenderse al engaño como medio capaz de viciar el consentimiento de un tercero por deformación de la realidad, induciendo a creer y tener por cierto lo que no es, con abuso de la confianza que la víctima de buena fe deposita en el autor. Sin embargo, para los fines públicos de punición, la doctrina penal autorizada ha dejado sentado la necesidad de que el engaño revista de cierta transcendencia objetiva para producir el error causal en la víctima principio de idoneidad; así Conde Pumpido destaca que el engaño penal ha de revestir características propias que lo distinguen de una simple mentira, pues considera que el engaño como la maniobra fraudulenta que lleva a cabo el autor, que sin dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios. En la misma línea, Serrano Gómez refiere que: “Hay un límite de engaño socialmente permitido, y solo cuando se sobrepasa se límite entrará en juego el Derecho Penal”

En ese contexto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, han establecido que solo adquiere carácter típico engaño que es capaz de inducir a un sujeto que cumple con su deber de diligencia, de acuerdo a las condiciones personales del sujeto ofendido, la cual se debe analizar según las circunstancias que rodean el caso concreto. Para tal efecto, se valora lo que se conoce en doctrina el criterio del pronóstico posterior objetivo juicio de adecuación, esto es, si el engaño es predecible para un observador imparcial colocado en la situación del autor al momento en que se produce el engaño, y si el mismo es suficiente para causar un desplazamiento patrimonial.

El engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad

tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee.

Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que en el anterior, de simulación. Lo relevante a la hora de enjuiciar si una conducta determinada (falta de verdad en lo que se dice o se hace con o sin puesta en escena) es o no un engaño bastante, idóneo para estafar, es si esa conducta, ex ante considerada, genera o no el riesgo de inducir o mantener en otro una falsa representación de la realidad que lo lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, tomando como base las circunstancias conocidas o reconocibles por la persona a que se dirige el mensaje de la acción engañosa, más las circunstancias conocidas o reconocidas por el autor del engaño.

No hay un solo concepto de engaño típico, ya que cada uno depende de cómo se entiende la delimitación que el legislador le ha dado al delito de estafa.

Sin duda alguna, el engaño constituye el núcleo de la estafa y es por esta razón que es fundamental conceptualizar al engaño como elemento de la tipicidad del delito. Como consideración general, tenemos que subrayar que el engaño constituye la esencia del delito de estafa pues ofrece una ilimitada variedad de ejemplos que son fruto del ingenio que se da en la vida real y que se incardina en el seno de un pacto o relación contractual preparada con fin defraudatorio.

Como ya se ha visto, existen diversos acercamientos al concepto de engaño. Su importancia se refleja en cuanta protección merece la víctima en el delito de estafa. En efecto, lo que busca todo concepto de engaño es la delimitación del ámbito de protección que brinda la norma penal. Lo cierto es que la discusión a su respecto se ha concentrado principalmente en la definición del “engaño típico”, contexto en el cual lo relevante es sobre todo si la víctima crédula, torpe o negligente merece o no la protección que el tipo está llamado a proveer. Concretamente, la pregunta en sede de engaño típico es si una inveracidad simple y aun burda satisface las exigencias del concepto o si, por el contrario, este

requiere una inveracidad con cierto grado de calificación en términos de complejidad, gravedad o idoneidad general para inducir a error.

Así, la cuestión sobre qué se puede calificar como engaño típico y qué debe estar fuera de la protección de la norma penal ha sido tratado por la doctrina y jurisprudencia de distintos países.

Mientras que en Alemania, en Inglaterra o en los Estados Unidos la figura de engaño no presenta mayores exigencias en este sentido, la doctrina y jurisprudencia de países como España y Chile son más exigentes a la hora de calificar el engaño típico.

Destaca en este sentido la situación en España, donde la exigencia de calificación incluso parece confirmada expresamente desde 1983 por la referencia legal a un “engaño bastante” para inducir a error a otro.

Es a partir de estas ideas que se analizará en primer lugar, la teoría de la *mise en scène* o puesta en escena; en segundo la teoría del engaño bastante y por último la teoría de la imputación objetiva.

3. Teoría de la *mise en scène* o puesta en escena

La llamada teoría de la *mise en scène*, ardid o puesta en escena, proviene del Código Penal francés, donde se regulan cuatro tipos de engaño típico. Uno de ellos son las “maniobras fraudulentas”, que exigen algo más que una simple mentira para llevarse a cabo. En este sentido, se ha sostenido que esta es la forma en que debe entenderse el engaño en la estafa, ya que encajan de manera perfecta tanto los elementos objetivos como los subjetivos: “el subjetivo, porque muestra mayor astucia, mayor persistencia del deseo de hacer daño, y el objetivo, porque las apariencias externas prefabricadas para acreditar la palabra mentirosa, hacen más excusable la credibilidad de la víctima y le agregan al hecho un daño mediato que no ocurre cuando se cree en las meras palabras del primero que se presente”.

En definitiva, esta teoría exige apariencias externas que acompañan y aumentan la credibilidad y por tanto la capacidad del engaño. Estas apariencias

externas las que hacen más “excusable la credibilidad de la víctima”. Sin embargo, el enfoque de esta teoría no es la víctima, sino directamente la conducta llevada a cabo por el autor del engaño. Esta teoría entiende que no existe un deber absoluto de veracidad en las relaciones jurídicas, por lo que no basta con una simple mentira para existir engaño típico, debe haber algo más.

A. Requisitos de la puesta en escena

Como su nombre lo dice, esta teoría se basa en la existencia de una externalidad, una especie de puesta en escena para realizar un engaño típico en el delito de estafa. “La teoría de la *mise en scène* o ardid plantea que la simple mentira no es constitutiva del engaño necesario para configurar los delitos de estafa, sino que se requiere un “despliegue engañoso externo⁵⁶”.

La puesta en escena implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”. “El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales. Hay eso sí quienes consideran que la naturaleza del engaño debe ser considerada con un criterio objetivo, apreciándola frente a la situación de un hombre medio, y no de aquel que en el hecho fue embaucado⁵⁷”.

En este caso, no basta con que el engaño se realice mediante un ardid o maquinación, ya que éste además debe ser apto o idóneo para producir el error.

En este sentido es similar a lo postulado por la teoría del engaño bastante, sin embargo el foco de atención en el caso de la *mise en scène* es el ardid o maquinación por el cual se realiza el engaño, no el engaño mismo. Si no existe esta externalidad o puesta en escena, es irrelevante que el engaño haya efectivamente inducido al error a la víctima, pues no se dan las características necesarias del engaño típico.

⁵⁶ LIRA CORREA, Blanca. “Las teorías de la imputación objetiva y la *Mise en Scene* en relación con el delito de estafa”. Editorial: Ars Boni et Aequi. V.6,n. Edición: 2010. Pág. 96.

⁵⁷ GARRIDO Montt, Mario. “Derecho Penal: Parte Especial” 2008- Tomo IV. Editorial Jurídica de Santiago de Chile. Segunda Edición. Pág. 323.

El engaño en el delito de estafa en general es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, un montaje realizado para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial del ofendido. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo, está destinado a producir un error en el perjudicado quien movido por su equivocada apreciación de la realidad dispone o predispone el mismo de su patrimonio, circunstancia que en definitiva le ocasiona un perjuicio. No basta para que exista el engaño exigido por el legislador, una afirmación desprovista de una inteligente actividad, llamada por algunos *mise en scène*, esto es, el reforzamiento mediante apariencias externas de lo que se dice o afirma. El engaño debe ser serio, creíble, verosímil.

En este sentido, la estafa se fundamenta en el engaño y este no puede ser sino un ardid o montaje destinado a producir error en la víctima. El engaño, además, debe ser serio, creíble y verosímil. En otras palabras, se realiza una calificación respecto a la idoneidad del engaño sólo desde el punto de vista de la conducta desplegada por el actor, y siempre que el engaño se haya realizado mediante un ardid o puesta en escena.

La jurisprudencia española también adoptó la teoría de la puesta en escena, por lo menos hasta antes de la reforma a su Código Penal en 1983, donde se incorpora el concepto de “engaño bastante”. Así se puede apreciar, por ejemplo, en dos sentencias, dictadas el año 1981, en las que se señala que “el delito de estafa requiere para su existencia: a) una maquinación insidiosa constitutiva del engaño operativo del traspaso patrimonial, por parte del agente de la acción, que tenga la intensidad suficiente para penetrar en el campo de la ilicitud penal, mediante el encaje en la tipología; b) perjuicio patrimonial, c) relación causal entre la maquinación y el perjuicio.

Se cuestiona tanto el origen de su interpretación como su aplicación misma al momento de considerar como típica una determinada conducta. “Sistemáticamente, porque se dice que posee graves contradicciones: de un lado, sostiene que no se puede proteger a la “víctima negligente” y, de otra parte, se afirma que la aptitud del engaño se mide en atención a las características propias

de la maniobra (de ser coherente, la aptitud del engaño se debería medir conforme con la diligencia de la víctima). Formalmente, pues no existiría en nuestra legislación ninguna norma que impida castigar a la simple mentira como engaño típico. Y, por último, político-criminalmente se afirma que el principio sobre el que se fundamenta (el de *ultima ratio*) se encuentra dirigido al legislador y no al intérprete. Es decir, debería incidir en la tipificación del engaño y no sobre el momento de su interpretación”. En definitiva, la exigencia de un ardid o maquinación respecto al engaño no se condice, es conveniente debido a la realidad de nuestro tráfico jurídico. En la práctica, no se requiere que el engaño tenga una especial puesta en escena, basta con que el engaño haya sido suficiente para generar un error en un sujeto medianamente diligente para que estemos frente a un engaño típico. Esto no significa que el ámbito de protección se amplíe a todos los casos posibles, incluyendo una simple mentira, sino más bien son los criterios normativos los que varían, ya no enfocándose en la forma en que se realiza el engaño mismo, sino en el sujeto pasivo de la conducta, para determinar si el engaño puede considerarse típico o no.

4. Teoría del engaño bastante

Es la forma en que consagra el engaño el Código Penal español posterior a su reforma en el año 1983. A partir de este concepto se busca establecer cuál es la suficiencia del engaño para que sea típico, ya que el solo enunciado de la figura da a entender que no basta cualquier tipo de engaño, y sin embargo tampoco exige una forma de externalidad especial en la conducta.

Es por eso que hoy en día, aunque el Código Penal español exige que el engaño sea “bastante”, esta expresión no se entiende en un sentido cuantitativo, como lo hace la doctrina peruana, sino en uno causal, y más propiamente dicho, en el sentido de que la acción engañosa debe ser bastante para inducir a error a otro, en el caso concreto. Aquí se abandona el criterio puramente objetivo, que dominaba antiguamente, aceptándose hoy en día que la materialidad de la acción engañosa puede consistir en una simple mentira, Si, según las características

personales del engañado y las circunstancias del caso, se puede afirmar, ex ante, que la acción engañosa generaba el riesgo del error que padece la víctima del engaño, rechazándose de este modo el criterio de la "puesta en escena" como único distintivo del engaño de la estafa, reemplazándolo por el criterio que se denomina "mixto objetivo-subjetivo".

Lo relevante entonces del engaño bastante es que mide la conducta ya no en términos cuantitativos, sino más bien en el sentido de la relación causal. El engaño será bastante cuando logre inducir error en la víctima.

A diferencia de la tesis de la *mise en scène*, demandar un engaño bastante desplaza el foco del análisis, desde la representación a cargo del agente, propia de toda puesta en escena, hacia la reacción de cargo del disponente del patrimonio, pues precisamente respecto de dicha reacción el engaño ha de ser "bastante". Desde este punto de vista, la teoría de la *mise en scène* desarrolla propiamente un concepto de engaño típico; la tesis del engaño bastante, en cambio, se ubica entre la conducta típica (engaño) y la reacción que esta tiene o puede tener (disposición patrimonial perjudicial determinada por error).

A partir de estas definiciones, se desprende que existe tanto un factor objetivo como un factor subjetivo en el engaño para que sea bastante, esto es, típico en el contexto del delito de estafa.

A. Baremo Objetivo

La jurisprudencia española ha establecido que: "...al restringir el ámbito del engaño típico, se ciñe a su texto legal, afirmando que solamente es típico el engaño bastante, o sea, el que sea capaz de traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y además que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de una persona."

En este sentido, el engaño debe significar la creación de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el comportamiento no es tolerado y no es materialmente irrelevante.

Asimismo, el engaño debe tener un aspecto de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia. “No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Por tanto, el engaño no podrá ser bastante si no se cumplen las condiciones necesarias exigidas para la conducta típica. El baremo objetivo mira las características del engaño desde una perspectiva ex ante que tenga en cuenta la peligrosidad de la acción”.

B. Baremo subjetivo

Se enfoca en la víctima del engaño. Es el requisito subjetivo necesario para que el engaño pueda considerarse bastante y por tanto típico. Sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, el engaño es insuficiente -no bastante- para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa. A diferencia de la *mise en scène* que se enfoca sólo en la conducta del actor al momento de realizar el engaño, esta postura hace necesario estudiar el comportamiento de la víctima en relación a sus deberes de autoprotección. En este sentido para analizar si el engaño puede ser considerado bastante o no se acude a estudios victimológicos.

La pregunta entonces que surge es cómo determinar cuando la víctima ha cumplido con sus deberes de autoprotección, si le era exigible o no y en qué consistiría dicho comportamiento. CHOCLAN MONTALVO señala que: “La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta, y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado, así como de la capacidad individual del sujeto en orden a la evitación del daño.”

La aplicación de la victimología o victimodogmática de esta forma introduce al estudio de la estafa la propia responsabilidad de la víctima. Sin embargo, su sola aplicación no es suficiente para considerar un engaño como bastante. La aplicación de la victimodogmática a la estafa puede considerarse un avance, en la medida en que introduce la responsabilidad de la víctima en el análisis de la tipicidad y, con ello, contribuye al abandono de un pensamiento causalista que concebía el delito como proceso unilateral de producción de un resultado lesivo.

Sin embargo, el uso que la victimodogmática hace del principio de subsidiariedad no es satisfactorio desde un punto de vista metodológico. La aportación de esta disciplina consiste en poner de relieve que las posibilidades de autoprotección de la víctima pueden ser importantes en la definición del comportamiento típico y, con ello, servir para deslindar las esferas de responsabilidad de autor y víctima debe tenerse en cuenta en un marco más adecuado, a saber, el juicio de imputación objetiva del comportamiento. En conclusión, la victimodogmática aporta al estudio del concepto subjetivo del engaño bastante, sin embargo, no es suficiente para definirlo correctamente. Por esta razón la mayoría de la doctrina española estudia ese punto bajo la teoría de la imputación objetiva. El concepto de engaño bastante acuñado por el legislador español y delimitado por su jurisprudencia y doctrina es un paso importante respecto a teorías como la puesta en escena, que entienden la figura del engaño de manera unidireccional, solo enfocada en las externalidades de la conducta.

La jurisprudencia española ha entendido que para que el engaño sea bastante, es decir en su caso, típico, deben conjugarse dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero mira la realización de la conducta, no desde un punto de vista externo como lo hace la teoría de la puesta en escena, sino respecto a su suficiencia e idoneidad. El segundo se enfoca en la víctima del engaño. Debido a que el delito de estafa es un delito de comunicación y autolesión, el engaño no puede sino referirse al sujeto pasivo del engaño, ya que en mayor o menor medida es de él que depende el resultado del engaño por tanto, el ordenamiento jurídico no puede mantenerse al margen de esta distinción.

Bajo el punto de vista del fin de protección de la norma penal, la mera negligencia del sujeto no debiese considerarse dentro del ámbito de protección de la norma sin transgredir el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Es teniendo en vista estas consideraciones que la doctrina ha utilizado el método de la imputación objetiva para delimitar el concepto de engaño.

Siguiendo a MARIO GARRIDO MONTT, el engaño no es más que la falta a la verdad al expresar algo o ejecutarlo a efectos de presentar la realidad con un aspecto diferenciarlo al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla parecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee. Se hablaría en el último caso de disimulación, mientras que en el anterior de simulación.

Los profesores MATUS, RAMÍREZ y POLITOFF muestran una clasificación que nos aparece correcta en torno a las formas posibles de engaño, diferenciando entre:

- Engaño basado en una simulación expresa, es decir, aparentando una hecho respaldándolo, con una afirmación mendaz , *expresis verbis*;
- Engaño basado en actos concluyentes, esto es, aparentando un hecho respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error y.
- Engaño basado en la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en error.

5. Teoría de la imputación objetiva

CHOCLAN MONTALVO la define de la siguiente forma: “la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el

resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción, y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante”.

Si bien, no existe entonces unanimidad en torno a lo que se entiende por “imputación objetiva, e, incluso, todavía existen detractores de este juicio de imputación (sobre todo, desde la teoría final de la acción), sin embargo, entendemos que la doctrina dominante considera que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación con el delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto: asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor, y que este no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. Se puede entender bajo este punto de vista que la imputación objetiva se enfoca tanto en la acción misma del engaño como en su resultado, atendido a las características propias del sujeto pasivo. Por esto es relevante incluso el conocimiento que tenga el autor del engaño sobre la víctima, ya que variará de esta manera los parámetros normales que se aplican a una persona promedio dentro de la sociedad.

Cuando el sujeto activo busca de propósito la debilidad de la víctima y su credulidad por encima de la medida, en ese caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según un juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Ahora bien, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido.

En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credulidad, aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error.

En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación de la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos. En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser casual -en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones- respecto del perjuicio patrimonial.

De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues, el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

En definitiva, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el engaño puede observarse desde dos perspectivas. En primer lugar, la actitud de la víctima frente al engaño y, en segundo lugar, el fin de protección de la norma. Para determinar cuál es el parámetro que se aplica al sujeto al momento de exigir su deber de autocuidado se debe hacer un análisis completo de la relación entre las partes y la capacidad propia del sujeto, de esta forma "... para buscar si un riesgo cae o no dentro del ámbito del fin de protección de la norma, debería ponerse atención en los deberes de autoprotección de la víctima, los que dependen de las pautas sociales en el caso concreto y de las relaciones que existen entre el sujeto activo y el perjudicado (como la capacidad y acceso a las posibilidades de autoprotección, la existencia o no de una relación de confianza, su debilidad o fortaleza, etc.), es decir, en relación al relevante problema del engaño y su relación con el riesgo permitido.

Siendo así, esta teoría excluye determinadas situaciones que no se ajustan al fin de protección de la norma, a pesar de ser objetivamente imputables al resultado: De acuerdo con este principio de autorresponsabilidad, la teoría ha excluido la imputación objetiva en la estafa en los siguientes casos: a) negocios de

riesgo calculado o especulativos, por ejemplo la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante (que incluiría los casos de entrega de tarjetas de crédito en las mismas condiciones); b) relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe corresponsabilidad, pues los niveles de diligencia exigidos en este campo son mayores; c) utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitados con una mínima diligencia; d) casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.

En estricto, el “engaño” puede definirse no como una simple mentira sino como la discrepancia que existe entre la manifestación del autor y realidad.⁵⁸

El engaño o inveracidad puede definirse de modos diversos, pero dos son los más relevantes, a saber, en primer lugar, el engaño entendido como incongruencia entre lo que el sujeto piensa y lo expresa y, en segundo lugar, el engaño como incongruencia entre lo que un sujeto expresa y la realidad.

En primer lugar, la inveracidad puede definirse como incongruencia entre lo expresado por un sujeto y lo que ese sujeto piensa o sabe. Este concepto se corresponde con la idea de insinceridad y refleja una incongruencia entre el plano subjetivo y el objetivo, a saber, que la representación de la realidad de quien lo emite el mensaje (plano subjetivo) no se corresponde con lo que expresa en el mundo de la comunicación (plano objetivo o intersubjetivo), esta definición se corresponde con el concepto ordinario de mentira o inveracidad, según el cual miente quien afirma algo distinto a lo que piensa. En esta concepción debe clasificarse la definición de engaño típico de BOCKELMAN, quien consideraba que causa un error en otro sin saberlo era una mera causalidad de error pero no una causación de error a través de engaño, pues a su entender, para la existencia del engaño, era necesaria la concurrencia de un aspecto subjetivo y ello no es correcto si de lo que se trata es definir el comportamiento objetivamente típico.

⁵⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. Cit. Pág. 264.

6. Conclusión

En virtud de lo expuesto es necesario diferenciar el Delito de Estafa mediante los Contratos Criminalizados del Incumplimiento Contractual derivado del ilícito civil, la doctrina nacional y extranjera consideraban que el criterio que nos va a permitir diferenciar es el dolo antecedente en la estafa a diferencia del dolo civil, el cual sería *subsequens*. Se considera que en la estafa el autor ab initio tiene el conocimiento de que no va a cumplir con la contraprestación contractual a la que se está comprometiendo, pero aun así induce en error a la víctima, lo que significa que el dolo es antecedente a la celebración del contrato. En cambio, en el incumplimiento, el dolo civil es subsecuente o posterior a la celebración del contrato. Sin embargo, esta postura se opone un sector de la doctrina, quienes consideran que el dolo antecedente no es un criterio seguro para diferenciar entre la estafa y el incumplimiento contractual, pues el dolo civil también puede ser antecedente. En la estafa el dolo siempre será antecedente, pero en el incumplimiento contractual el dolo puede ser tanto antecedente como subsecuente. Para mayor abundamiento, el dolo civil el cual se encuentra regulado en el artículo 210° del Código Civil señala donde establece la anulabilidad de todos los actos jurídicos que han sido celebrados con dolo, siempre que el engaño usado por la parte sea de tal entidad que sin él la otra parte no se habría celebrado el acto jurídico. De esta redacción se concluye que el dolo civil también se da al inicio de la celebración de un acto jurídico, dado que el engaño es causal de anulación, cuando sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Ante ello tenemos el Precedente Vinculante Recurso de Nulidad N° 2504-2015 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció en su considerando vigésimo quinto que *“La delimitación entre el delito de estafa e ilícito civil derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales, no se encuentra supeditada al elemento subjetivo: esto es, resultan incorrecto establecer una delimitación atendiendo a si el autor tenía dolo antes o después de celebrar el contrato. Esta posición resulta incorrecta, por cuanto la determinación de la*

relevancia penal de un comportamiento no empieza por la esfera interna del autor. El Derecho Penal, recién se pregunta por la esfera interna- dolo imprudencia y culpabilidad en sentido estricto después que ha tenido lugar un comportamiento externo socialmente perturbador. En otras palabras, la delimitación entre estafa e incumplimiento contractual se verifica en el ámbito de la tipicidad objetiva”.

De ahí la necesidad de encontrar un criterio distintivo al dolo, a nuestro entender, el único criterio diferenciador se encuentra en el aspecto objetivo del tipo penal, en la entidad del engaño.

En ese sentido el concepto de engaño viene a ser aquel acto por medio del cual el estafador manipula a la víctima, creando una apariencia de algo que no es verdadero, haciendo creer una “falsa verdad”, como si fuera verdadero para inducirlo a error, es decir supone una determinada simulación por parte del sujeto que tiene que tener la aptitud suficiente para inducir al error a otro siendo que lo decisivo en el engaño es dar.

Así en la Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Extranjera, el engaño debe ser un engaño debe ser típico y reunir las características de inicial, bastante, idóneo, relevante y causal , que constituye el eje ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, pudiendo incardinarse en el seno de una relación contractual preparada con este fin defraudatorio, asimismo ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que actúe como estímulo suficiente del traspaso patrimonial, la producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente, el acto de disposición patrimonial, el nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido.

Para poder diferenciar un delito de estafa del incumplimiento contractual es necesario tener lo siguiente:

1. Un engaño debe ser, precedente o concurrente, que constituye el eje ilícito y que lo caracteriza frente a otras infracciones patrimoniales, pudiendo

incardinarse en el seno de una relación contractual preparada con este fin defraudatorio.

2. El engaño ha de ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional , debiendo tener la adecuada idoneidad para que actúe como estímulo suficiente del traspaso patrimonial.
3. La producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con un conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa del engaño precedente.
4. Un acto de disposición patrimonial.
5. El nexo o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido.

El medio engañoso bastante es preciso para que se lleve a cabo el contrato, ya que el dolo por sí mismo entendido supondría aisladamente la existencia de un vicio en el consentimiento que tendría consecuencia en Derecho Civil, mas no en el Derecho Penal.

CAPITULO V

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

1. Introducción

En este capítulo presento los resultados del trabajo de campo realizado a nivel de Fiscalías Provinciales y Fiscalías Superiores Penales del Distrito Fiscal de Lambayeque, a partir de la aplicación del análisis de 50 casos de delito de estafa correspondientes al año 2017.

2. Casuística- Contrato Criminalizado

Caso uno:

“Minas Margarita era propiedad al 98% del Sr. Juan Ferradas y su esposa Diana de Ferradas. Juan Ferradas siempre había sido el Gerente General y el Presidente del Directorio. A fines de tal año, dichas personas ofrecieron la venta del 51% de sus acciones a la Cía. Minera Huayruro, para lo cual entregaron a los representantes de ésta última información contable que daba fe de una magnífica situación económica de Minas Margarita, información minero- geológica que demostraba que por cada tonelada de roca existían 25 grs. de oro, lo cual era muy óptimo porque las empresas auríferas en general tienen vetas que producen entre 15 y 20 gramos de oro por tonelada, asimismo entregaron copias de los reportes de Minas Margarita al Ministerio de Energía y Minas que indicaban la supuesta veracidad de esta información.

El contrato se celebró en enero de 2002, los Ferradas vendieron el 51% de sus acciones a Minas Huaruro a cambio de la suma de US\$4'500.000 (cuatro millones quinientos mil dólares americanos), a pagarse del modo siguiente: 50% a la firma del contrato y el saldo mediante 45 cuotas de US\$50.000 (cincuenta mil dólares americanos) mensuales a pagarse desde abril de 2002. Las partes no convinieron en la realización de un *due diligence*, pero pactaron que cualquier controversia debía tratarse mediante un arbitraje.

Dado que Minas Huayruro pasó a administrar Minas Margarita por tener la mayoría de las acciones, con el dinero de la producción honró el pago de las cuotas mensuales frente a los Ferradas hasta febrero de 2003. El motivo de la suspensión de los pagos es que Minas Huayruro descubrió lo que califica como un fraude contractual; en julio de 2002 mediante una Auditoría imparcial se detectó que los balances de Minas Margaritas - otorgados por los Ferradas en la negociación - eran falsos pues contemplaban una buena situación cuando en la realidad dicha empresa tenía muchas deudas y créditos incobrables. También ha demostrado en septiembre de dicho año, mediante un examen geológico, que las reservas no eran de 25 grs. sino de 13,4 grs. por tonelada. Finalmente, ha demostrado que las 39 informaciones enviadas por Minas Margarita al Ministerio de Energía y Minas eran falsas, ya que contemplaban una mayor producción que era irreal. Como consecuencia de los ajustes contables y las menores reservas de Mineral, Minas Huayruro ha perdido más de US\$7'000.000 (siete millones de dólares americanos)

Mediante 3 cartas notariales de octubre, noviembre y diciembre de 2002, Minas Huayruro requirió a los Ferradas las explicaciones debidas y el pago de este perjuicio, sin que estos contesten sobre las citadas irregularidades contables y de la información geológica. Como Minas Huayruro tenía comprometido el 80% de su patrimonio en la explotación de Minas Margarita, es decir que había pedido préstamos bancarios que tenía que cumplir bajo riesgo de que ejecuten sus garantías mobiliarias e inmobiliarias, continuó explotando en Minas Margarita a fin de evitarse un mayor perjuicio al ya sufrido. En este contexto, en febrero de 2003 Minas Huayruro dejó de pagar a los Ferradas la cuota mensual, alegando la existencia de dolo o engaño por parte de los Ferradas en las negociaciones y que el acto jurídico era anulable.

En abril de 2003 los Ferradas demandaron el incumplimiento del contrato y solicitaron la resolución del mismo y el pago de una indemnización a su favor. El tema se sometió a un proceso arbitral que concluyó en diciembre de 2005, en lo

siguiente: 1) Que los Ferradas efectivamente actuaron con dolo y engaño y que se configuró una causal de anulabilidad del convenio celebrado en enero de 2002 ante la falsa información contable y minero-geológica; 2) Que Minas Huayruro, pese a haber detectado en septiembre de 2002 estas irregularidades, continuó ejecutando el contrato pues pagó hasta febrero de 2003 la cuota, y hasta la fecha sigue explotando en Minas Margarita, razón por la cual ha convalidado o ratificado tácitamente el acto jurídico conforme al art. 231 del Código Civil, de modo que el acto jurídico ya no puede considerarse como anulable sino como válido y eficaz; 3) Que al no haber pagado Minas Huayruro su cuota mensual desde febrero de 2003, ha incumplido el contrato, razón por la cual debe indemnizar a los Ferradas con la suma de US\$6'000.000 (seis millones de dólares americanos); 4) Que el contrato queda resuelto en virtud de dicho incumplimiento, de modo que los Ferradas deben devolver a Minas Huayruro lo pagado, es decir US\$2'800.000 (dos millones ochocientos mil dólares americanos), mientras que Minas Huayruro debe devolver el 51% de las acciones a los Sres. Ferradas.

Dicho Laudo tiene efectos de cosa juzgada, pero como Minas Huayruro entiende que el punto 1) del Laudo establece la existencia de falsedad, dolo y engaño, han denunciado a los Ferradas por los delitos de los arts. 196, 198, 427, 428, 411 y 438 del CP. Los abogados de los Ferradas alegan por el contrario que el caso debe archivarse porque es de aplicación el contenido del art. 79 del CP, dado que el Laudo Arbitral señala que quien incumplió fue Minas Huayruro y no los Ferradas, de modo que estos últimos han actuado lícitamente y son víctimas de una tardía persecución penal.

Caso dos

“El señor Wilder Díaz Saavedra, el día 26 de abril de 2013 celebró un contrato de arrendamiento con opción a venta del vehículo marca Chevrolet, modelo Sail, año 2013, con placa de rodaje D65-529, con firmas legalizadas ante notario, con el señor Valentín Eladio Alvarado López; que en dicho contrato este último participó en calidad de arrendador y como representante legal con el cargo

de gerente general de la empresa Corporación Elval S.A.C., mientras que el Señor Wilder Díaz Saavedra como arrendatario, pactándose la venta en \$ 25,000.00, dando como cuota inicial la suma de \$ 2,500.00, estableciéndose un cronograma de pagos, siendo el primer pago de la primera cuota el 3 de mayo de 2013 por la suma de \$ 360.00, por 62 meses, y que al término de las cuotas pactadas, el arrendador transfería la unidad vehicular a favor del arrendatario; que, desde el día 3 de mayo de 2013 el arrendatario inició con los depósitos cada mes por el monto de \$ 360.00 a la cuenta de ahorro N° 370-303721929-0 del banco Interbank a nombre de “Alvarado”, hasta el mes de diciembre de 2014, por 20 letras haciendo un total de \$ 7,200.00; sin embargo, el señor Valentín Eladio Alvarado López, posteriormente, se comunicó con el Valentín Eladio Alvarado López para decirle que ya no deposite a la cuenta referida sino a la cuenta Interbank de su hija Gema Melissa Alvarado Quintana, por lo que empezó a depositar a partir de enero 2015 cinco letras de \$ 360.00, sumando un total de \$ 1,800.00, haciendo un total de todos los depósitos de \$ 11,500.00; pero resulta que el día 20 de junio de 2015, se da con la sorpresa que el vehículo adquirido tenía una requisitoria solicitada por el 17° Juzgado Civil Especializado Sub Especializado Comercial Lima- Miraflores, expediente N° 3393-2015, por el banco Continental, figurando como demandando Valentín Eladio Alvarado López”.

En el presente caso a nivel de Fiscalía Provincial se archivó teniendo como fundamento que no ha mediado engaño y que existe otra vía satisfactoria en la que puede reclamar su derecho. Sin embargo, el abogado patrocinador no conforme con dicha disposición, presento su recurso de queja y es así que el Fiscal Superior revoco la disposición de archivo señalando entre sus fundamentos que: *“Se evidencia, por tanto que existió un contrato de arrendamiento con opción a compraventa, que originó el pago de \$. 11,5000 sin obtener una contraprestación, que se trata de un contrato criminalizado, por el cual el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones sobre las cuales se obliga su contraparte; oculta a esta su decidida intención de incumplir sus propias*

obligaciones contractuales, aprovechándose de la confianza y la buena fe del agraviado con terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, al servicio de un ilícito afán de lucro propio. En definitiva, el autor despliega actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda de idea cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral”⁵⁹

Es así que la disposición que dispuso el archivo por el Fiscal de Fiscalía Provincial Penal se revoco por la Fiscalía Superior y se dispuso abrir investigación.

A continuación desarrollamos en resultados los diferentes casos analizados:

3. Revisión de Disposiciones Fiscales en La Fiscalías Provinciales Penales del Distrito Fiscal de Lambayeque.

Identificar el porcentaje de los delitos de estafa mediante contratos criminalizados a nivel de Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo durante el año 2017.

A. Resultados

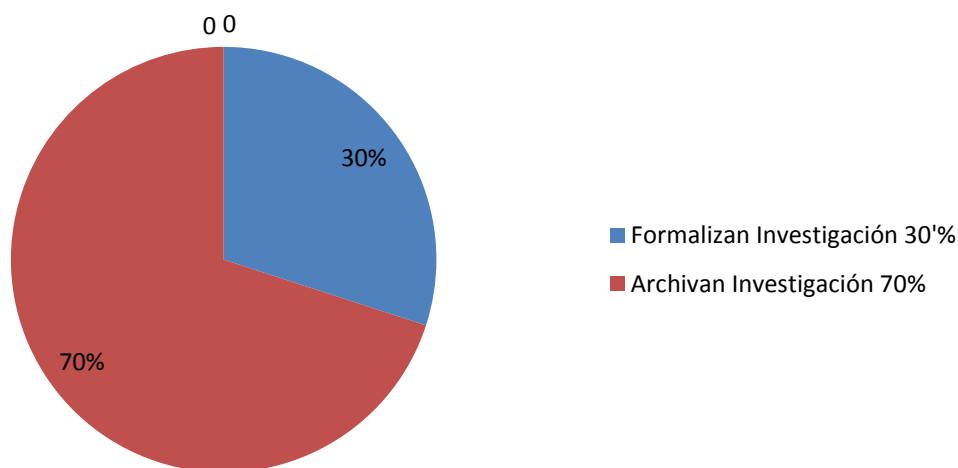
Tabla N° 01: Delitos de Estafa mediante el uso de contratos durante el año2017.

Total: 50 Disposiciones fiscales

<u>DISPOSICIONES</u>	<u>CANTIDAD</u>
ABRIR INVESTIGACIÓN	10
ARCHIVAN LA INVESTIGACIÓN	40
TOTAL	50

⁵⁹ Carpeta Fiscal N° 7013-2016-1FPPC-CH.

Disposiciones Fiscales (Delito de Estafa-Contrato Criminalizado)



B. Análisis e interpretación de los datos

De la tabla 01 de las disposiciones de la Fiscalía Provincial se aprecia que:

- Que 10 disposiciones que es equivalente al 30% por delitos de estafa mediante contratos la Fiscalía Provincial Penal del Distrito Fiscal de Chiclayo durante el año 2017, apertura investigación, **se aprecia el desarrollo de los contratos criminalizados, mediante el uso del engaño para la configuración del ilícito penal de estafa**
- Que 40 disposiciones que es equivalente al 70% por delitos de estafa mediante el uso de contratos en la Fiscalía Provincial Penal del Distrito Fiscal de Chiclayo durante el año 2017, **ARCHIVA** la investigación.

Por otro lado, se estudiarán las disposiciones fiscales que a nivel de fiscalía provincial archivan la investigación, ante ello presentan su recurso de queja, y la Fiscalía Superior Penal resuelve en algunas confirmar y otros revocar la disposición.

4. Revisión de disposiciones fiscales a nivel de Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque.

Identificar el porcentaje de las disposiciones fiscales que confirman o archivan la investigación a nivel de Fiscalía Superior Penal que presentaron recurso de queja por delito de estafa mediante el uso de contratos.

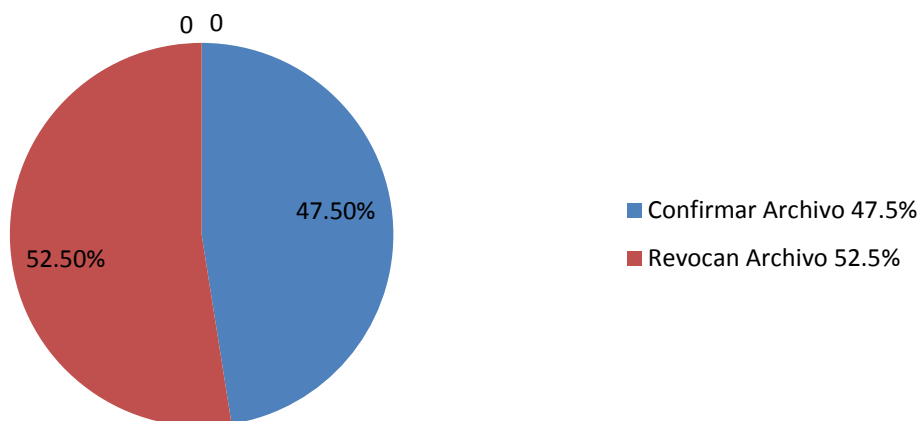
A. Resultados

Tabla 02: Delitos de Estafa contractual mediante el uso de contratos durante el año 2017 que fueron archivados y presentaron recurso de queja.

Total: 40 Disposiciones Fiscales con Archivo fueron en recurso de queja

<u>DISPOSICIONES</u>	<u>CANTIDAD</u>
CONFIRMAN ARCHIVO	19
REVOCAN EL ARCHIVO	21
TOTAL	40

Disposiciones Fiscales con Archivo, fueron en recurso de queja (Delito de Estafa- Contrato Criminalizado)



B. Análisis e interpretación de los datos

De la tabla 02 de las disposiciones fiscales que se archivan y presentaron recurso de queja a la Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque se aprecia que:

- Que 19 disposiciones equivalente al 47.50% por delitos de estafa mediante contratos confirma el archivo.
- Que 21 disposiciones equivalente al 52.50% por delitos de estafa mediante contratos criminalizados revocan el archivo y en las cuales se concluye **la existencia de un contrato criminalizado, se analiza el engaño utilizado por el sujeto activo.**

Asimismo en las disposiciones se ha considerado y desarrollado el uso del “*engaño*” para la configuración del tipo penal.

Además se ha hecho mención a los contratos criminalizados, que a nivel de doctrina nacional no hay mucho desarrollo al respecto, a diferencia de lo que encontramos en la doctrina extranjera.

CONCLUSIONES
Y
RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo, este capítulo se dedicará a mostrar las conclusiones y recomendaciones obtenidas a lo largo del trabajo. Lo anterior será con el fin de que se pueda dar continuidad al proyecto, así como mostrar los beneficios obtenidos.

- I. Se ha determinado que el criterio diferenciador entre el delito de estafa por medio de los contratos y el incumplimiento contractual, es el uso del “engaño típico” el cual se caracterizará por ser inicial, bastante idóneo, relevante y causal; usado para producir sus efectos defraudatorios, maliciosamente provocado por el agente del delito y proyectado sobre la víctima, constituye el punto central y fundamental para una correcta determinación y diferenciación.
- II. Nuestro Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia penal señalan que para el delito de estafa se requiere una secuencia sucesiva de sus elementos: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, *poniendo especial énfasis en el elemento del “engaño”*. Asimismo se concluye que el delito de estafa cometido en el contexto de relaciones contractuales, que abordan ilícitos propios del Derecho Contractual, los cuales en ocasiones se confunden principalmente con el incumplimiento de obligaciones, por lo que será necesario hacer un análisis puntual de cada caso en concreto a fin de determinar si realmente la relación contractual están revestidos de vicios o ilicitudes que tiene relevancia penal o civil.
- III. En la Doctrina Peruana, no se ha desarrollado los “contratos criminalizados”; sin embargo en la Doctrina y Legislación Española si regula al respecto el cual es definido como aquel en la que el autor simula un propósito serio de contratar cuando es realidad solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones sobre las cuales se obliga su

contraparte; oculta a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose de la confianza y de la buena fe del agraviado con terminante ánimo inicial de incumplir lo acordado.

- IV. A pesar que el “engaño típico” no se encuentre expresamente regulado en la Legislación Peruana; sin embargo en la Legislación y doctrina española se refiere al mismo como un “engaño bastante”. Por lo que concluimos que del desarrollo de la presente tesis define como criterio el “engaño típico” el cual reúne las siguientes características de inicial, bastante, idóneo, relevante, causal y haya producido sus efectos defraudadores, logrando el estafador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita.
- V. De acuerdo con los resultados obtenidos, al realizar el estudio de las Disposiciones fiscales por delitos contra el patrimonio- Estafa se ha podido comprobar que los Señores Fiscales de las Fiscalías Provinciales de Chiclayo, no analicen el uso del engaño utilizado por estafador al momento de recibir una denuncia, y como consecuencia de ellos terminan archivando, ante ello se presentan su recurso de queja, y la Fiscalía Superior Penal resuelve en algunas disposiciones confirmando y otros revocando la disposición, declarando fundada la queja de derecho interpuesta.

RECOMENDACIONES

- ❖ Nuestra legislación debería regular expresamente el uso del “engaño típico” en el delito de Estafa, a fin de que el Derecho Penal responda a las modalidades delictivas que van apareciendo en cantidad, a fin de orientar adecuadamente las conductas hacia el respecto de los bienes jurídicos en el delito contra el patrimonio- estafa, porque no parece correcto dejar impunes este tipo de conductas.
- ❖ Los señores Fiscales de las diferentes Fiscalías Provinciales deberán señalar un criterio y al momento de recibir una denuncia y apertura diligencias, es necesario que consideren el uso del “engaño típico” utilizado por el estafador.
- ❖ Se recomienda que un caso concreto del Delito de Estafa donde existe un contrato de por medio, para determinar si nos encontramos ante un delito de estafa de persecución en la vía penal, o un incumplimiento contractual a dilucidar en la vía civil, será necesario que el operador jurídico al momento de calificar la conducta deberá verificar si el engaño utilizado por el estafador fue típico para propiciar que su víctima caiga o se mantenga en error. El “engaño típico” deberá ser lo suficiente **inicial, bastante, idóneo, relevante y causal**, para vencer *las normales previsiones* de la víctima. Corresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales actitudes de la víctima, los casos varían en uno y otro. No hay casos idénticos, pero si puede haber parecidos.
- ❖ Se recomienda continuar desarrollando investigaciones dirigidas y que haya continuación en trabajar en definir el “engaño típico” en el delito de estafa

derivados de contratos para diferenciarlo del incumplimiento contractual, por lo tanto se recomienda que tengan interés en el tema en el proyecto, la complementación del tema, para hacer comparaciones entre los resultados arrojados por estas.

PROYECTO DE LEY N° 12345

En estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y del artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República presenta el siguiente proyecto de Ley.

Proyecto de Ley, la modificación del artículo 196° del Código Penal.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DONDE SE EXPRESAN LOS FUNDAMENTOS DE LAS PROPOSICIONES DE LA LEY.

La presente iniciativa legal propone modificar el artículo 196° del Código Penal, a efectos de establecer el uso del “engaño bastante” en el Delito de Estafa en el contexto de relaciones contractuales, a fin de que el Derecho Penal responda a las modalidades delictivas que van apareciendo en cantidad, y orientar adecuadamente las conductas hacia el respeto de los bienes jurídicos que perjudican el patrimonio, y en estos casos no parece correcto dejar impunes este tipo de conductas.

Que, nuestra legislación peruana no contempla el “engaño bastante” por lo que se hace necesario emitir una ley que haga mención a tal característica del engaño utilizado por el sujeto activo del delito y brindar seguridad jurídica a la parte agraviada, teniendo en cuenta ello además el principio de mínima de intervención del Derecho Penal..

Que, el uso del “engaño bastante” regular las conductas delictivas hacia el respeto de los bienes, implica la necesidad de garantizar a las personas agraviadas con este tipo de delitos.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa complementa el artículo 196° del Delito de Estafa, sin modificarla ni derogarla.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL.

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable en la medida que sin irrogar costo alguno al erario público, contribuye a generar un nuevo marco jurídico penal adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos (Jueces, Fiscales, abogados defensores públicos y privados).

IV. FÓRMULA LEGAL

El congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 196°: *“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante **engaño bastante**, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”.*

Disposiciones Finales

Primera: En el plazo máximo de 180 días calendarios se expedirá el Reglamento de la presente ley.

Chiclayo, Agosto 2018.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo de las Heras, Alfonso. “Los delitos de estafa y falsedad documental”. Editorial Bosch. Edición: Primera Diciembre 2005.
- Bajo Fernández, Miguel (Coordinación). “Compendio de Derecho Penal”. Editorial: Centro de Estudios Ramón Areces. S.A”
- Bustos Ramírez, Juan José. “El Delito de Estafa”. Editorial Ubijus. Edición: 2011.
- Creus, Carlos. “Derecho Penal- Parte Especial”. Editorial: Astrea. Edición: 2004.
- Cuadros Villena. Carlos Ferdinand. “Derecho de Contratos”. Editorial: Fecat. Edición: 1997.
- Choclán Montalvo, José Antonio. “El Delito de Estafa”. Editorial: Bosch. Edición: 2000.
- De la Puente y Lavalle. Manuel “El Contrato en general”. Editorial: Palestra Editores. Edición: 2011.
- Donna, Edgardo Alberto. “Derecho Penal- Parte Especial”. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Edición 2001.
- El abc del Derecho Civil. Editorial: Egacal. Edición: Primera 2007.
- Fontán Palestra, Carlos. “Tratado de Derecho Penal”. Editorial: Abeledo-Perrot. Edición: Segunda.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino y Prado Saldarriaga Víctor Roberto. “Derecho Penal-Parte Especial”. Editorial Jurista Editores. Edición: Primer 2012.
- Guido Alpa, Bianca Massimo. “Estudios Sobre el Contrato en General”. Editorial: Ara Editores. Edición: Segunda 2004.
- Joaquín Rodríguez, Miguel Ramos. “La Autoprotección en la estafa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Editorial: Tirant Blanch. Edición: 2013.
- Jiménez Cortés, Raquel. “Delitos y Delincuentes”. Editorial: Club Universitario.

- León, Leysser. “Estudios sobre el contrato en general”. Editorial: Ara Editores, Edición: Segunda 2004.
- Mira Rodríguez, Carlos Suárez (Coordinador). “Manuel de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial”. Editorial: Thomson Civitas. Edición: 2005.
- Miranda Canales, Manuel. “Derecho de los Contratos”. Editorial: Ediciones Jurídicas. Edición: 2006.
- Muñoz Conde, Francisco. “Derecho Pena- Parte Especial”, Editorial: tirant Blanch, Edición 2013.
- Pastor Muñoz, Nuria. “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”. Editorial: Marcial Pons. Edición 2004.
- Pastor Muñoz, Nuria “Cuestiones Actuales del Derecho”. Editorial: Ara Editores. Edición 2005.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “Delitos contra el Patrimonio”. Editorial Agencia Band Perú Sac. Edición Segunda-Mayo 2017.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “Derecho Penal-Parte Especial”. Editorial Idemsa. Edición Febrero 2010.
- Peña Cabrera, Raúl “Tratado de Derecho Penal”, Editorial: Afa Editores Importadores S.A.”. Edición: 1988.
- Revila LLaza, Percy “Incumplimiento Contractual o Estafa”. Editorial: Gaceta Jurídica. Edición: Junio 2017.
- Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. Editorial: Grijley. Edición Sexta.
- Salinas Siccha, Ramiro “Delitos contra el Patrimonio”. Editorial: Iustitia. Edición 2010.
- Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Editorial: tea. Edición 1978.
- Valle Muñiz, José Manuel. “El Delito de Estafa”. Editorial: Bosch. Edición: 1987.
- Zavala Baquerizo, Jorge. “La Estafa- Estudios de Derecho Penal Especial”. Editorial Jurídica Bolivariana. Edición: Primera-2002.

ANEXOS